



Maria Inês Viana de Oliveira Martins

Contrato de seguro e conduta dos sujeitos ligados ao risco

Tese de Doutoramento em Direito, Ramo de Ciências Jurídico-Empresariais, orientada pelo Senhor Prof. Doutor João Calvão da Silva e pelo Senhor Prof. Doutor Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Agosto/2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Contrato de seguro e conduta dos sujeitos ligados ao risco

Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Empresariais
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Maria Inês Viana de Oliveira Martins

Este estudo beneficiou de uma Bolsa de Doutoramento concedida pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia, financiada pelo Programa Operacional de Potencial Humano (POPH) do Quadro de Referência Estratégico Nacional (QREN Portugal 2007-2013) e por verbas do Orçamento de Estado do Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior.



Índice geral

Resumo	11
Summary	13
Formas de citar e notas gerais	15
Principais abreviaturas utilizadas	17
I. Introdução.....	21
I. 1. Relevância do tema e recorte da análise.....	21
I. 2. Considerações metodológicas e precisões terminológicas	27
I.3. Exigências de conduta e delimitação contratual do risco transferido.....	31
§ 1. Risco seguro e sinistro: considerações gerais.....	31
§ 2. Exigências de conduta e delimitação contratual do risco transferido: o seguro como produto jurídico	33
§ 2. O sinistro como ponto de fuga do contrato: noção e função.....	47
II. Valoração da actuação sobre o risco na execução contratual:	
apresentação e sentido geral dos regimes.....	57
II. 1. Os regimes previstos no RJCS: visão panorâmica e localização.....	57
§1 Os riscos associados à conduta do segurado: mapeamento de uma tendência evolutiva e localização dos regimes vigentes em Portugal.....	57
§ 2 A omissão: regime dos deveres contratuais ligados ao risco	65
II.2. Semelhança face a outras figuras e seus dilemas	72
§ 1 Culpa do lesado.....	72
§2 Exclusão da cobertura de riscos. Remissão.....	83
II. 3. Fundamentação sistemática	85
§1 Substrato económico: sustentabilidade financeira face à assimetria informativa	85
A. Introdução. O risco estatisticamente mensurável enquanto pedra-de-toque da afirmação da actividade económica seguradora.....	85
B. O risco e a incerteza: a distinção proposta por KNIGHT e o seu relevo para a compreensão do real substrato técnico dos seguros.....	93
C. A cobertura do risco(-incerteza): pluralidade metodológica.....	104
D. Cobertura do risco em sentido lato perante a imperfeição informativa.....	116
a. Introdução	116
b. Selecção adversa	119
c. Risco moral.....	123

§ 2. Do substrato prático-económico à valoração jurídica.....	133
A. Relevância da mutualidade. Questionamento.....	134
B. Imperfeição informativa, selecção dos riscos e seus limites	147
C. Da assimetria informativa à boa fé, parâmetro de justiça das relações especiais....	148
a. A máxima boa fé e a tutela da confiança	148
b. O parâmetro material em causa: a boa fé e a confiança.....	153
c. O contrato de seguro como negócio de confiança?	162
d. Sequência.....	165
e. Relação obrigacional complexa de seguro	166
D. Alteração de incentivos e protecção do tráfico jurídico geral: a ordem pública e os bons costumes	176
a. Ordem pública e bons costumes face ao âmbito da cobertura.....	177
b. A ordem pública e os bons costumes: dificuldades de demarcação	178
c. Ordem pública e bons costumes como normas de conduta. As indicações do ordenamento penal.....	192
d. Balanço. Cotejo com as indicações do RJCS em sede de seguros de pessoas	198
E. A transferência do risco e a função económica do seguro.....	199
a. O sentido e finalidade do tipo contratual.....	199
b. Transferência de um risco em sentido material e cobertura de sinistros dolosamente causados ou ampliados pelo sujeito	214

III. Os seguros de acidentes e de saúde no conjunto dos contratos de seguro.....	219
III. 1. Fundamentação da metodologia	219
III. 2. Os seguros de acidentes e de saúde no conjunto dos contratos de seguro de pessoas: os seguros de pessoas enquanto contexto regulatório.....	225
III. 3. Os tipos concretos: seguro de acidentes pessoais e seguro de saúde ...	230
§ 1. O seguro de acidentes pessoais	231
A. Sentido geral do tipo	231
B. O risco coberto pelo seguro de acidentes.....	235
a. A causa da lesão	237
b. A não intencionalidade.....	249
c. A lesão corporal em sentido lato	251
d. Nexo causal entre a lesão corporal e a causa.....	254
C. Prestações garantidas.....	256
D. Regulação do contrato	257
§ 2. O seguro de saúde.....	262
A. Sentido geral do tipo	262
B. Demarcação face a tipos vizinhos.....	264

C. Prestações integradas e regime jurídico	270
IV. O sistema legal de valoração das condutas ligadas ao risco posto em marcha	275
IV. 1. Pressupostos e conteúdo. Questionamento do seu sentido face aos tipos de seguro em análise	275
§2 As hipóteses concretas	276
A. Proibição da causação intencional do sinistro.....	276
a. Antecedentes imediatos da norma	276
b. Regime geral	280
c. Regimes previstos para os seguros de pessoas.....	284
d. Comportamentos que determinam o preenchimento da hipótese normativa. Hipóteses de ponderação de bens.....	291
e. A consequência jurídica da causação dolosa e a natureza jurídica da sua previsão	304
aa) A causação do sinistro como exclusão do risco	304
bb) A causação do sinistro como Obliegenheit.....	307
cc) A causação do sinistro como pressuposto negativo da prestação	311
dd) Tomada de posição	312
f. Fundamentação do regime	318
g. Causação do sinistro nos seguros de acidentes pessoais e de saúde.....	320
B. Agravamento do risco	321
a. Introdução. O sentido da regulação.....	321
b. Antecedentes imediatos do regime do agravamento do risco e regime vigente.	323
c. O sentido do dever de comunicação perante as consequências jurídicas do agravamento do risco	332
aa) Modificação ou resolução contratual	333
bb) A perda ou redução do direito à contraprestação.....	339
cc) Articulação entre os remédios	344
d. <i>Fattispecie</i> do dever	347
aa) Variação do risco e alteração das circunstâncias pressupostas na contratação	347
bb) Pressupostos.....	353
1. Coordenadas materiais	353
2. As circunstâncias relevantes	357
3. O agravamento relevante.....	360
4. Pressupostos subjectivos do dever e contraposição face à culpa	365
e. O regime do art. 94.º, n.º 2: um ónus de não agravamento do risco?.....	368
f. Agravamento do risco nos seguros de acidentes pessoais e de saúde.....	370

C. Participação do sinistro e prestação de informação complementar	374
a. Regime vigente e antecedentes.....	374
b. Sentido e função da participação do sinistro e prestação de informação complementar	377
c. Pressupostos do surgimento dos deveres.....	386
d. As consequências legais do incumprimento face à dinâmica da liquidação do sinistro.....	393
e. Nos seguros de acidentes pessoais e de saúde.....	395
D. Afastamento e mitigação do sinistro	396
a. Apresentação, fundamentação e enquadramento do regime vigente.....	397
b. Âmbito e titularidade da exigência de conduta	403
c. O sinistro como referência do surgimento do dever	407
d. Pressupostos e consequências jurídicas do incumprimento.....	410
f. O regime do reembolso das despesas de salvamento	413
g. Em especial: o salvamento e o reembolso nos seguros de acidentes pessoais e de saúde	422
§ 3. Esfera subjectiva de relevância da conduta. A interferência da responsabilidade por actos de auxiliares	430
A. Identificação do devedor.....	430
B. Efeitos da violação das exigências de conduta por cada um destes sujeitos.....	433
a. Actuação da norma pelo segurado não tomador ou pelo beneficiário	435
b. Actuação da norma pelo tomador não segurado	438
C. O problema nos seguros de grupo.....	443
D. Actuação do Tatbestand por terceiros em contacto com o risco.....	448
E. Questões salientes em sede de seguros de acidentes e de saúde	462
IV.2 O sistema legal de remédios para o não acatamento das exigências de conduta.....	469
§1. Introdução.....	469
A. Justificação da sistemática.....	469
B. Breve excursus juscomparatístico. A evolução no ordenamento jurídico alemão e o sistema das "Verschuldensquoten"	475
a. A mudança de paradigma na regulação do incumprimento de Obliegenheiten: abandono do "princípio do tudo-ou-nada"	477
b. Em particular: o sistema da redução da contraprestação na medida da culpa em caso de incumprimento negligente.....	480
§ 2. A perda e a redução da contraprestação	485
A. Condutas relevantes.....	485
a. Estrutura das condutas requeridas.....	485
b. Pressupostos objectivos do incumprimento: precisões e remissão	499

B. Diligência devida e pressupostos subjectivos do incumprimento. Lugar da sua relevância sistemática.....	501
a. A actuação em relação ao risco ou ao sinistro e as várias concepções de culpa..	504
aa) A evolução nas concepções de culpa	504
bb) Tomada de posição	509
b. A mobilização das categorias do dolo e da negligência.....	512
aa) Critério da imputabilidade.....	513
bb) O conhecimento como pressuposto e como elemento da culpa (elemento do Tatbestand objectivo).....	516
cc) A negligência relevante.....	523
dd) O dolo.....	528
C. Causação e dano	535
a. Causação.....	535
aa) A causação para fundamentação da cobertura	539
bb) A causação enquanto critério de imputação de consequências por violação de exigências de conduta.....	545
b. Dano.....	550
c. Concretização: a dinâmica entre a causalidade e o dano	554
aa) Em sede dos regimes da causação voluntária do sinistro, salvamento e exigências de conduta relativas ao risco ou às consequências do sinistro.....	554
bb) Em face dos deveres de informação	559
D. Distribuição do ónus da prova	570
a. Introdução e justificação da metodologia	570
b. Alcance e sentido do art. 799.º, n.º 1, do CC, na sua aplicação a deveres de consideração.....	571
aa) Excurso comparatístico.....	574
bb) Tomada de posição	583
c. A distribuição do ónus da prova na violação das exigências de conduta ligadas ao risco	584
aa) Violação objectiva de uma exigência de conduta.....	584
bb) Culpa	587
cc) Dano	593
dd) Causalidade.....	593
§ 3 A resolução por justa causa.....	598
§ 4 Para lá do RJCS, a via indemnizatória	602
IV. 3. Balanço	605
V. Criação contratual destas exigências de conduta: possibilidades e limites.....	611

V. 1. Colocação do problema e alcance prático	611
§ 1. O retraimento do legislador do RJCS e a proliferação de exigências de conduta de fonte contratual	611
§ 2. As vias normativas da protecção do segurado.....	613
A. A protecção na contratação de seguros de massa e a tutela do consumidor: sua não coincidência	613
B. O regime da contratação com base em ccg.....	615
C. O sujeito da tutela.....	619
V. 2 Concretização da tutela	621
§ 1. Protecção face à inclusão dos deveres no contrato: a permanência da tutela informativa e a confluência de vários regimes de tutela	622
A. Articulação das fontes de tutela.....	622
B. Aplicação às exigências de conduta em causa.....	634
C. Em especial: o problema nos seguros de grupo	638
D. Conclusões.....	643
§ 2. O controlo do conteúdo das cláusulas	645
A. Parâmetro de controlo	645
a. A transposição do parâmetro geral para o âmbito segurador.....	645
b. A fiscalização das cláusulas que criem exigências de conduta atinentes ao risco	661
B. Os problemas da qualificação: descrição do risco, exclusões do risco e exigências de conduta ligadas ao risco	673
C. A consequência jurídica	685
VI. As exigências de conduta ligadas ao risco: natureza jurídica	695
VI. 1. Introdução	695
VI.2. O debate na esfera alemã.....	697
§ 1. Teorias do pressuposto.....	698
§ 2. Da culpa perante si próprio ao Last e à Obliegenheit: evolução dogmática até Reimer Schmidt	702
§ 3. A tese de LOOSCHELDERS: Obliegenheiten e imperativos hipotéticos	709
§ 4. A tese de WANDT: Obliegenheiten enquanto posições jurídicas distintas dos deveres pelo regime do incumprimento.....	712
§ 5. Críticas às teses apresentadas e afirmação da natureza doverosa das Obliegenheiten: a Verbindlichkeitstheorie	713
A. Crítica aos pressupostos gerais das teses diferenciadoras	714
B. Crítica da qualificação a partir da ausência de consequências coercitivas ou indemnizatórias	715

C. Crítica da avaliação do substrato de interesses: o cumprimento das Obliegenheiten não serve apenas ou sobretudo o interesse do segurado	716
§ 6. Versões mais recentes da Verbindlichkeitstheorie.....	718
A. A tese de HEISS: deveres laterais sujeitos a um regime de incumprimento especial	718
B. A tese de HÄHNCHEN: Obliegenheiten enquanto deveres laterais e Obliegenheiten enquanto pressupostos.....	719
C. Dilema da tese que concebe as exigências de conduta do segurado como verdadeiros deveres: a criação de deveres na esfera de terceiro.....	722
VI.3. O debate na esfera italiana	724
§ 1. Em geral	724
§ 2. Na doutrina seguradora.....	733
VI.4. Debate em Portugal	739
§ 1. Em geral	739
§ 2. Na doutrina seguradora.....	744
VI. 5. Tomada de posição	751
Considerações finais.....	763
Índice de jurisprudência.....	767
Referências bibliográficas.....	773

Resumo

O presente escrito trata a questão das *exigências de conduta impostas pela lei ou pelo contrato de seguro aos sujeitos ligados ao risco*, para valerem na *fase da execução do contrato*, que requerem destes determinadas *condutas no sentido da delimitação ou contenção do risco suportado pelo segurador ou da delimitação ou minoração das consequências do sinistro*. Trata-se aqui tanto de deveres de informação, pelos quais o segurador afere da extensão do risco que cobre, ou do sinistro ocorrido, como de deveres de conduta que visam à contenção da extensão desse risco e das suas consequências. Análogo a estes é também o regime pelo qual se tira consequências da causação dolosa do sinistro pelo tomador, segurado ou beneficiário.

Em termos prático-económicos, estas exigências de conduta justificam-se desde logo pelo *desalinhamento dos incentivos do segurado*, que, pelo efeito do contrato, deixa de sofrer na sua esfera as consequências do sinistro. Não tendo o segurador acesso à mesma quantidade de informação que o segurado no que concerne ao risco (assimetria informativa), este último pode ver-se tentado a não fornecer ao segurador toda a informação devida ou a ser leviano ou, no limite, oportunista face aos interesses seguros. Tal explica tradicionalmente a severidade dos regimes associados ao não acatamento destas exigências, que determinam a perda total da contraprestação, mesmo que tal exceda o valor do dano causado. Por outro lado, a previsão destas exigências de conduta serve igualmente a *delimitação do risco coberto*, vindo isolar a atribuição a cargo do segurador da influência de certos factos – sobretudo, atinentes à esfera do segurado – que a poderiam influenciar, e conformando, nesse medida, o produto jurídico "seguro". Tais exigências de conduta estão, pois, *colimadas à preservação do equilíbrio contratual*, velando por que a cobertura recortada pelo segurador corresponda ao prémio por ele praticado. O seu regime legal é como tal central para discernir a *alocação do risco típica do contrato de seguro*. Do mesmo passo percebe-se também que a inscrição destes deveres no contrato pode *esvaziar em grande medida o alcance da cobertura e assim comprometer o sentido e finalidade do contrato*, devendo, pois, estar sujeita a especial vigilância do ordenamento jurídico.

Com a entrada em vigor do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, estes regimes conheceram, entre nós, regulação recente, cujo sentido global não foi ainda

objecto de tratamento científico autónomo e sistemático na doutrina nacional. Se as suas normas mostram uma severidade desusada no sistema de incumprimento contratual, prevendo a perda total da prestação em caso de violação dolosa do dever, ainda que o dano causado seja menor, estas regras gravitam ao mesmo tempo em torno da protecção do segurado contra o recurso desequilibrado a estes regimes pelo segurador, limitando as consequências do não cumprimento mediante requisitos de culpa e causalidade. Assim, trata-se de regimes em geral imperativos ou semi-imperativos, mesmo quando o carácter supletivo das normas é a regra. Tal protecção mostra-se, não obstante, incompleta, não dispondo o Direito português, ao contrário do que acontece com os Direitos alemão, austríaco, belga, inglês ou suíço, de uma regra geral limitativa do regime do incumprimento das exigências de conduta ligadas ao risco criadas por contrato.

Como ponto de observação da dinâmica destes regimes, a presente dissertação escolheu as figuras do *seguro de saúde e do seguro de acidentes pessoais*, já que estas permitem ilustrar os delicados problemas de ponderação que se colocam em sede de seguros de pessoas.

Com efeito, os regimes que com algum grau de imperatividade regulam em sede geral *estes deveres e as consequências do respectivo incumprimento amiúde recuam em sede de seguros de pessoas, recusando aí aplicabilidade*. Tal parece exprimir a intenção legislativa de não onerar o segurado com a imposição de deveres que possam gravar sobre os seus direitos de personalidade. Porém, não se inibe a criação destes deveres em sede contratual, pelo que tais *deveres reaparecem frequentemente nos clausulados*, desgarrados daquelas normas legais que os conformam. Destarte, aquele recuo regulativo, se isenta o segurado de uma incidência directa de deveres de conduta, *também o desguarnece da protecção conferida pelos regimes legais em causa para a hipóteses de incumprimento*. Acresce que da realidade contratual avulta também a *criação de deveres de prevenção antecipada do sinistro*, para cujo regime o RJCS não fornece orientação directa. Urge, pois, mobilizar outros operadores mais gerais para esses efeitos, com grande destaque para para o regime da contratação com recurso a cláusulas contratuais gerais.

Palavras chave: seguro, risco, deveres de conduta

Summary

This work regards the "*duties*" (it is controversial whether they are actual obligations or mere charges) *that impend upon the policyholder and concern the prevention of the insured event or the mitigation of its consequences.*

In practical terms, these duties arise first of all due to the misalignment of incentives that may affect the policyholder, since he will not face the economic consequences of the insured events. Since the insurer does not have access to the same quantity of information as the policyholder in what regards the insured risk (asymmetry of information), the latter may be tempted not to disclose information or to adopt secret actions in terms that are detrimental to the insurer – and that may furthermore affect third parties, be it the pool of the insured or the owners of goods that may be affected by the insured event. That is in part the explanation for the severity of the traditional remedy for the non-compliance with these duties, determining the loss of the correlate right.

Moreover, these duties co-determine the risk allocation in a contract that has, as its own object, the transferral of (the economic consequences brought about by the materialization of) a determinate risk. The analysis of their legal regime is thus material to the understanding of the allocation of contractual risk that underlies the legal regulation, allowing the contract to enact its typical function. Since the contractual shaping of these duties has the potential to pervert the enactment of this function, the creation of duties through the contract should be stopped when it may "denature" the contract.

With the entry in force of the Portuguese Insurance Contract Act, these regimes were object of a new regulation, whose global meaning has not yet been autonomously and systematically handled by the Portuguese scholarship. On the one hand, these rules show a severity that is uncommon within liability in contract, since they foresee the full loss of the claim in case of intentional breach. On the other hand, they revolve around the protection of the policyholder against the unbalanced use of the remedies by the insurer, limiting the consequences of non-compliance to the reduction of the coverage and requiring fault and causation. The rules are besides often mandatory or semi-mandatory, even when the dispositive character of the norms is the rule. However, this protection is sometimes incomplete. Unlike, *vg.*, German, Swiss, Austrian, English or Belgian law, the

Portuguese law does not have a general norm limiting the remedies that can be set out by the contract for the case of non-compliance.

As a vantage point for the understanding of these regimes, the present thesis has chosen to focus on personal accidents and health insurance contracts, since they show the delicate balance that underlies the regime of personal insurance. The general norms that create these duties and put a cap on the consequences of non-compliance do not apply to personal insurance; nonetheless, the law does not forbid their reinstatement by the contract. When these duties reappear in the contract, it becomes clear that the self restraint of the legislator does not result in the unburdening of the insured, as was probably intended, but in the removal of his/her protection. The norms on unfair contract terms provide thus a crucial channel of protection of the policyholder.

Keywords: insurance, risk, warranties

Formas de citar e notas gerais

As obras serão citadas por extenso na primeira referência e de modo abreviado nas seguintes.

As partes de obras colectivas que se encontrem devidamente identificadas e imputadas a um determinado autor serão citadas pelo nome desse mesmo autor e pelo título do respectivo contributo. Quanto aos Códigos anotados, quando haja separabilidade entre as várias anotações, estando estas entregues a diferentes autores, citaremos cada anotação ao modo de uma participação em obra colectiva. Quando o Código for anotado por um mesmo autor ou conjunto de autores, sem identificação da autoria da anotação de cada artigo, citá-lo-emos como um todo, ao modo das demais monografias. Por motivos de economia de espaço, o título das obras mais frequentemente citadas será sempre referido de modo abreviado, constando a respectiva referência completa da listagem de abreviaturas. Face às obras consultadas em versão digital que não se encontrem paginadas será dada a indicação do número de margem, ou outra que permita identificar a passagem citada.

Às abreviaturas expressamente listadas acrescem as que se encontram em uso corrente. As expressões em língua estrangeira estão em geral entre aspas, salvo quando se trate de expressões latinas ou de expressões que encerrem um conceito sem correspondente directo no ordenamento nacional e que, por vir já fazendo curso no debate interno, ou por razões de comodidade devidamente assinalas, deva surgir em itálico.

Por opção da autora, o presente texto segue as regras ortográficas vigentes antes da entrada em vigor do "Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, de 1990".

Principais abreviaturas utilizadas

AcP: Archiv für die Civilistische Praxis

Anteproyecto: *Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*, versão de 30 de Maio de 2014

AUB 2014: Apólice-tipo para o seguro de acidentes, pela *Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft*, na versão de 25 de Março de 2014

AU Trabalhadores Independentes: Apólice Uniforme do Seguro Obrigatório de Acidentes de Trabalho para Trabalhadores Independentes, aprovada pela Norma Regulamentar do ISP n.º 3/2009-R, de 5 de Março de 2009

BFDL: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

BFDUC: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Bruck/Möller Kommentar: *Bruck/Möller Versicherungsvertragsgesetz Großkommentar*

BK: Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG

BMJ: Boletim do Ministério da Justiça

ccg: cláusulas contratuais gerais

CDBio: Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, adoptada e aberta à assinatura em Oviedo, a 4 de Abril de 1997

CDP: Cadernos de Direito Privado

Carta dos Direitos Fundamentais da UE: Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Cod. ass.: *Code des assurances* francês, aprovado por..., sucessivamente alterado

Cod. Merc.: Anteprojecto da Lei que aprova o *Código Mercantil* espanhol, na versão de 30 de Maio de 2014.

CRP: Constituição da República Portuguesa

DEA: Diritto ed Economia dell'Assicurazione

Decreto de 1907: Decreto com força de Lei de...

Dig. Civ.: Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile

Dig. Com.: Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale

Enc. Dir.: Enciclopedia del Diritto

Enc. Giur.: Enciclopedia Giuridica

HKK: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB

JRPV: Juristische Rundschau für die Privatversicherung

JuS: Juristische Schulung

LA: Regime jurídico belga do contrato de seguro, aprovado pela *Loi relative aux assurances*, de 4 de Abril de 2014

LCA: Anterior regime jurídico belga do contrato de seguro, aprovado pela *Loi sur le contrat d'assurance terrestre*, de 25 de Junho de 1992, sucessivamente alterada e na grande maioria das suas disposições revogada pela LA

LCS: Regime jurídico espanhol do contrato de seguro, aprovado pela *Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro*, sucessivamente alterada

LCS anotada: PEDRO ROMANO MARTINEZ/LEONOR CUNHA TORRES/ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA/MARIA EDUARDA RIBEIRO/JOSÉ PEREIRA MORGADO/JOSÉ VASQUES/JOSÉ ALVES DE BRITO, *Lei do contrato de seguro anotada*, Almedina, Coimbra, 2011

LMK: Lindenmaier-Möhring Kommentierte BGH-Rechtsprechung

MüKo VVG: Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz

NJW: Neue Juristische Wochenschrift

nm: número de margem

Nov. Dig. it.: Novissimo Digesto italiano

NVersZ: Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht

PDECS: Princípios do direito europeu do contrato de seguro

PEDC: Princípios europeus de direito dos contratos

PIDCP: Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, adoptado pela Resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966 e aprovado para ratificação pela Lei 29/78, de 12 de Junho.

PCCI: Princípios Unidroit aplicáveis aos contratos do comércio internacional

PL 3555/04: Projecto de Lei de Contrato de Seguro, n.º 3555-A, de 2004, na versão correspondente ao Substitutivo apresentado pelo Deputado Eduardo Cunha, a 18 de Fevereiro de 2014, através do Voto em Separado n. 1 PL355504

Prölss/Martin Kommentar: Prölss/Martin Versicherungsvertragsgesetz Kommentar

Proposta de Directiva de 1979: Proposta de Directiva do Conselho visando à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regem o contrato de seguro, publicada no JOCE n.º C 190/2, a 28 de Julho de 1979, e modificada pela correspondente Alteração publicada no JOCE n.º C 355/30, a 31

de Dezembro de 1980

r+s: Recht und Schaden

RCA: Responsabilité civile et assurances

RDComm: Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle
Obbligazioni

RDC: Rivista di Diritto Civile

RDES: Revista de Direito e de Estudos Sociais

RDM: Revista de Derecho Mercantil

RES: Revista Española de Seguros

RGAR: Revue Générale des Assurances et des Responsabilités

RGAT: Revue Générale des Assurances Terrestres

RGDA: Revue Générale du Droit des Assurances

RJCCG: Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais

RJCS: Regime jurídico do contrato de seguro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º
72/2008 de 16 de Abril

RJT: Regras de transparência para a actividade seguradora e disposições relativas ao
regime jurídico do contrato de seguro, estabelecidas pelo Decreto-Lei n.º 176/95, de
26 de Julho, sucessivamente alteradas

ROA: Revista da Ordem dos Advogados

Römer/Langheid: Versicherungsvertragsgesetz VVG mit Pflichtversicherungsgesetz
(PflVG) und Kraftfahrzeug-Pflichtversicherungsverordnung (KfzPflVV), Wolfgang
Römer/Theo Langheid (coord.)

RSORCA: Regime do sistema de seguro obrigatório de responsabilidade civil
automóvel, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de Agosto

RTDPC: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile

Staudinger BGB: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen

SRM: Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, de 26 de Novembro de 2001

TFUE: Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TUE: Tratado da União Europeia

VersR: Versicherungsrecht

VVG: Lei do contrato de seguro ("Versicherungsvertragsgesetz") alemã, na versão
vigente ou revogada, austríaca ou suíça, conforme os qualificativos de que a
abreviatura vier acompanhada. Na falta de outra indicação, tratar-se-á da lei alemã

na versão vigente

VVG-InfoV: Verordnung über Informationspflichten bei Versicherungsverträgen,

ZVersWiss: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft

I. Introdução

I. 1. Relevância do tema e recorte da análise

O presente estudo trata as exigências de conduta que, na pendência do contrato, impendem sobre o segurado e outros sujeitos ligados ao risco, valorando a sua actuação no controlo do risco, do sinistro ou suas consequências, e impondo-lhes deveres de comunicação relativamente ao segurador.

Através destas exigências, o segurador logra retirar da sua esfera factores de risco inerentes à conduta daqueles sujeitos – em caso de cumprimento dos comandos, desactivando tais fontes de risco e, em caso de incumprimento, retirando as respectivas consequências da sua esfera, mediante remoção total ou parcial do dever de prestar. Vistos no plano contratual, estes regimes funcionam, pois, como mecanismos gerais de recorte da cobertura, excluindo parcelas do risco transferido. Vistos no plano legal, configuram o juízo tipicizador atinente à distribuição dos riscos próprios do contrato, na medida em que estes tenham por fonte a conduta do segurado e de outros sujeitos contratualmente relevantes como fonte de risco.

Assim configurado o papel que cabe a estes regimes, fica patente a sua natureza fundamental na fixação dos traços fisionómicos do seguro enquanto contrato típico. A importância à qual, em sede regulatória, assim os alcandoramos é, por sua vez, reflexo da importância, no plano das necessidades práticas e, por sua interferência, no plano da disponibilidade da oferta seguradora e, a seu tempo, da política legislativa, que foram assumindo.

O ganhar de relevância dos seguros terrestres correspondeu ao desenvolvimento de ramos onde a cobertura de riscos não logra fornecer a desejada função de segurança se, à partida, se excluïrem dela os sinistros causados por negligência do segurado. Esta deixa de se entender como realidade estranha ao âmbito do risco segurável, apta a abalar os alicerces da ordem pública ou a abrir brechas na sustentabilidade de um segurador sempre colocado em posição de desnível informativo face a um segurado existencialmente próximo do risco, e passa a ser vista como inerente à normal administração quotidiana do risco, em que a falha humana é incontornável – sendo a expurgação da cobertura dos riscos por ela influenciados uma decisiva desvalorização da utilidade da cobertura. Tal manifestar-se-á com premência face aos seguros de incêndios e de responsabilidade.

E, sobretudo com o desenvolvimento do segundo, tornar-se-á patente a interligação entre o contexto da modernidade e a dimensão que ocupa entre as fontes de risco a actuação do próprio sujeito que procura segurança através da cobertura.

O avanço da técnica, colocando os sujeitos perante decisões em contextos mutáveis e complexos, que não conseguem perscrutar por inteiro, e cujas consequências, num ambiente de sobreposição e inter cruzamento das esferas da acção humana, dificilmente se deixam prever, concitará o seguro como *mecanismo de compensação de perturbações na distribuição dos bens e como alavanca de desenvolvimento*¹.

Ao mesmo tempo, com o prosperar da economia de mercado, manifesta-se uma apologia da inovação e da disponibilidade para correr riscos. A tomada de consciência do risco implicará configurar o seu controlo e gestão não como fatalidade, mas como objecto de planificação, central e individual².

Neste modelo de sociedade, a prevenção por si não basta para solucionar o problema do afrontamento do risco³. O desenvolvimento da técnica, ao tempo que controla certos riscos, engendra outros – assim, por exemplo, ao tempo que o tráfego aéreo, dado o seu estrito controlo de segurança dos aparelhos e pessoal, bem como de rotas dos veículos, evita muitos dos riscos associados ao tráfego estradal, contém riscos novos, associados a novas falhas técnicas ou ao carácter massivo dos danos dos acidentes ocorridos durante o transporte⁴. De resto, o risco segregado pela modernidade torna-se, ele próprio, interpretação científica e social de processos causais cujo encadeamento e consequências não logram ser inteiramente desvelados⁵.

Incontornáveis são, pois, os mecanismos de distribuição dos riscos e das suas consequências. Tal afirma, face à causação de danos na esfera alheia, a importância dos mecanismos da responsabilidade. O espaço atinente à protecção do causador de

¹ FRANÇOIS EWALD, "Risk in contemporary society", *CILJ*, 2, 1999-2000, pp. 365-379, pp. 373-374: "we live at each other's expense".

² MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1994, p. 4.

³ Defendendo uma mudança de paradigma, fundada na ideia da precaução, como reequilíbrio das relações de poder engendradas pelo risco, FRANÇOIS EWALD, "Risk...", cit., p. 378.

⁴ Sobre esta dinâmica entre controlo de riscos e contínuo surgimento de novas fontes de dano potencial, ALONSO SOTO, *El seguro de la culpa*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1977, pp. 24-25.

⁵ ULRICH BECK, *Risk society. Towards a new modernity*, Sage, Los Angeles/Londres/Nova Deli/Singapura/Washington DC, 1992, pp. 21-33. O risco assim concebido convola-se em relações de poder entre quem domina um processo tecnológico e informacional e quem o não faz, manifestando-se em relações assimétricas, que são relações de dependência – cfr. FRANÇOIS EWALD, "Risk...", cit., p. 376.

danos perante a sua própria acção é já por excelência o espaço do seguro. É assim em conjugação com a imposição do dever de remoção de um dano causado na esfera de terceiro; e é assim quando o agente seja simultaneamente a vítima da sua actuação.

Com efeito, o afrontamento dos riscos provenientes da própria esfera da vítima é um terreno onde a técnica do seguro é especialmente fecunda. Faltando os expedientes de imputação do dano a um terceiro causador, restam os mecanismos solidarísticos estatais, que amparam o sujeito face aos danos de que este é causador e vítima. Para além daquilo que a protecção pública ofereça – e que, perante o actual recuo do Estado Social, deixa de oferecer, sem que remova a consciência das necessidades – é o seguro (privado) que permite ao sujeito organizar a resposta para as consequências da sua própria actuação⁶.

Encontramos, pois, muito claramente expresso na doutrina seguradora do início do séc. XX, que a ideia de segurança ínsita no seguro não permite que se negue a cobertura com base na normal falta de cuidado e diligência. O seguro tem, isso sim, o sentido de retirar de sobre o segurado as preocupações que estreitam as suas possibilidades de actuação e, assim, libertar o potencial do sujeito para outras finalidades existenciais importantes. Só destarte se garantiria, num mundo cuja complexidade crescente exigia um cuidado também crescente, exponenciando as hipóteses de desatenção, que o seguro lograva conferir a segurança que o justificava enquanto contrato⁷.

O acolhimento destas ideias em sede de política legislativa determinou, em sede de regulação do tipo, a opção por uma nova e mais elevada bitola para o risco contratualmente transferido⁸. Não deixa, com isto, de se traçar uma fronteira, deixando parte do risco na esfera do segurado; fronteira que se prolonga na criação

⁶ ALONSO SOTO, *El seguro...* cit., pp. 27-28.

⁷ HANS ROELLI, *Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, I, Allgemeine Bestimmungen*, K. J. Wyss, Bern, 1914, pp. 192-194.

⁸ Esta visão da negligência simples como facto quotidiano está patente na jurisprudência do OGH austríaco, de 24.11.1993, RS0030303, quando recorta, por oposição, a negligência grosseira como a que "aus den *nie ganz vermeidbaren Fahrlässigkeitshandlungen des täglichen Lebens* als auffallende Sorglosigkeit heraushebt" (itálicos nossos). Veja-se, num outro quadrante, LAW COMMISSION/SCOTTISH LAW COMMISSION, *Insurance contract law: Business disclosure; warranties; insurer's remedies for fraudulent claims; and late payment* 2014, disponível em <http://www.lawcom.gov.uk/project/insurance-contract-law-business-disclosure-warranties-insurers-remedies-for-fraudulent-claims-and-late-payment/> (consultado pela última vez a 03.03.2015), p. 169, "The reality is that people and organisations are fallible, and that insurance is often purchased to protect against human error. If only perfect businesses were able to buy insurance, the market for insurance would be a small one".

de ulteriores exigências de comunicação e controlo do risco através do próprio contrato.

Face a uma regulação legal não especialmente densa nesta sede, como testemunharemos que é a do RJCS, as exigências de conduta previstas são em grande medida decantação dos valores centrais do ordenamento, vazados em cláusulas gerais. Vemo-los, pois, a valorar o atentado contra bens jurídicos, ainda que próprios, exprimindo comandos da ordem pública, dos bons costumes e da boa fé negocial. Tais normas estão aqui, pois, como parâmetros de orientação de condutas no sentido recto.

Já a criação de ulteriores exigências no plano contratual vem proceder a uma delimitação mais específica das esferas de risco, servindo em primeira linha finalidades de conformação, pelo segurador, do estado de vinculação que assume e do produto jurídico que coloca no mercado⁹.

É este o pano de fundo da análise a que procederemos. Teremos em conta as *exigências de conduta que acompanham a execução contratual, valorando a conduta do segurado e de outros sujeitos contratualmente relevantes face a um risco já concretamente delimitado e transferido*. Não há dúvidas quanto à solidariedade entre estas hipóteses e o regime da declaração inicial do risco, ambos colimados à delimitação do risco contratualmente assumido pelo segurador e assentes numa conduta de cooperação do segurado. Aqui, à semelhança do que aconteceu noutras sedes, optámos, porém, por separá-los, olhando apenas para os deveres que se colocam na vigência de contratos validamente celebrados¹⁰. Desde logo, porque as exigências que se colocam à conduta do segurado podem ser mais elevadas quando se trata de actuar preventivamente, inibindo a produção de efeitos pelo contrato; como porque a colocação da declaração inicial do risco no plano pré-

⁹ Salienta a prossecução de um desiderato de prevenção por esta via da devolução de riscos à esfera dos segurados que estejam em posição de controlar os riscos e prevenir a perda, atinente a um "abraçar do risco", TOM BAKER, "Embracing risk, sharing responsibility", *Drake Law Review*, 2008, pp. 561-570, pp. 567-570. A produção deste efeito na medida do normativamente desejado não decorrerá, contudo, da sua entrega à livre conformação das apólices.

¹⁰ Na linha do que dizemos em seguida, veja-se, por exemplo, a VVG de 2008, que, tendo assumido como objectivo a harmonização do regime de violação das *Obliegenheiten*, considerou que para a declaração inicial do risco procederiam juízos diversos e mais severos do que os juízos dos demais casos – ALEMANHA, *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsrechts, Gesetzentwurf der Bundesregierung*, 2006, disponível em http://www.hzv-uhh.de/fileadmin/Versicherungsrecht/VVG_Reform/VVG-Regierungsentwurf_20-12-2006.pdf (consultado pela última vez a 01.08.2014), p. 49.

contratual suscita o questionamento da própria validade do contrato e o diálogo com a responsabilidade pré-contratual – o seu enquadramento sistemático está, pois, fora da unidade de referência dos deveres que suscitam questões atinentes ao cumprimento contratual.

Pelo contrato de seguro, uma vez celebrado, as consequências jurídicas de um risco que impende sobre a esfera do segurado são transferidas para a esfera do segurador. As condutas que o segurado tem em relação aos bens sobre os quais impende o risco passam, pois, a afectar o dever de prestar do segurador. Podemos, de um modo não rigoroso, mas imagético, configurar aqui uma situação de administração do risco pelo segurado, cujos efeitos se repercutem na esfera do segurador. É das exigências de conduta ligadas a esta gestão do risco ("gefahrbezogene Obliegenheiten") que aqui pretendemos tratar. Trata-se, por um lado, de exigências de cuidado em relação aos bens expostos ao risco; de outro, trata-se de exigências de conduta que apenas fazem sentido em conexão com a existência do contrato, sendo atinentes à prestação de informações ou documentos ao segurador¹¹. São estas últimas que permitem ao segurador, não só controlar aquela gestão, como valorar as realidades materiais que configuram o risco e o sinistro – e que só vêm à relevância contratual uma vez que o segurador logre prefigurar os seus contornos.

Servir-nos-ão as *fattispecie* amplas em que o RJCS funda tais exigências para compreender o juízo legal sobre risco transferido, no tocante à conduta do segurado e terceiros ligados ao risco. Fora do foco da análise fica, desde logo, o dever de comunicação ao segurador da existência de outros seguros sobre o mesmo risco, que visa dar indicação ao segurador sobre a probabilidade de o segurado em causa adoptar comportamentos fraudulentos. Embora tenha como fundamento comum o risco moral entendido latamente, no seu sentido económico corrente, este não recorta directamente o risco seguro contratualmente relevante, nem prescreve condutas dirigidas a actuar sobre a sua intensidade¹². Fica igualmente fora do foco o

¹¹ HARALD BISCHOFF, "Versichertes Risiko und materielle Obliegenheiten", *VersR*, 33, 1972, pp. 799-808, p. 802, reportando-se exactamente a dois tipos de *Obliegenheiten* relevantes desta administração do risco seguro: as que concernem à exigência de uma conduta de cuidado ("Sorgfaltsverhalten"); e os que concernem à satisfação da necessidade do segurador de controlo e obtenção de informação sobre essa gestão ("fremdbestimmtes Hilfsverhalten").

¹² Trata-se de uma exigência de conduta não conexa com o risco seguro em si ("nicht gefahrbezogene Obliegenheiten"), mas sim com o risco de o segurado adoptar comportamentos fraudulentos ("subjektives Risiko", atinente a um "Vertragsgefahr", ou risco de "moral hazard", no sentido em que o termo se contrapõe a "morale hazard"). Esse é o sentido com que a expressão surge

dever de não prejudicar a sub-rogação (art. 136.º, n.º 2). Embora no seu sentido este se aproxime do regime do salvamento, está para lá do âmbito da contenção material das consequências do sinistro, voltando-se a uma tutela mais ampla dos interesses do segurador, respeitante à sua possibilidade de recuperação dos montantes pagos. Esta diferença de conteúdo reflecte-se no plano da consequência jurídica, onde nos apartamos do esquema de distinção entre dolo e mera culpa que vale para o dever de salvamento e acompanha a generalidade dos regimes analisados¹³.

Para pôr à prova este conjunto, escolhemos assestar o óculo da problematização em tipos concretos de seguro, em lugar de o questionar a partir do centro do sistema. Sem deixarmos de mobilizar os demais tipos em que se manifesta o contrato de seguro, teremos a preocupação de interrogar as normas em causa em relação ao seguro de acidentes pessoais e ao seguro de saúde – não porque queiramos estreitar a análise neles, mas porque consideramos que apenas através de testes concretos o sistema se revela. Os tipos escolhidos tornam, aliás, visíveis os limites do sistema legal de regulação dos deveres de conduta e, conversamente, o espaço deixado à autonomia privada. Como veremos na parte V, este não fica porém livre das valorações do Direito objectivo.

O trabalho compõe-se de seis partes. Após a primeira parte (I), introdutória, procederemos a uma primeira abordagem dos regimes que nos propomos analisar, situando-os diacrónica e sincronicamente, questionando as suas analogias e contiguidades face às figuras que mais o concitam e debatendo os seus fundamentos económicos e jurídicos (parte II). Seguir-se-á a apresentação dos tipos do seguro de acidentes pessoais e do seguro de saúde, que testaremos em relação aos vários regimes (parte III). Na parte seguinte, examinaremos os *Tatbestände* das exigências de conduta ligadas ao risco e reguladas na lei, identificando os respectivos titulares

na doutrina alemã actual – cfr. CHRISTIAN ARMBRÜSTER, *Das Alles-oder-nichts-Prinzip im Privatversicherungsrecht, Zugleich ein Beitrag zur Reform des VVG*, Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2003, p. 5. Usando o termo "subjektive Gefährumstände" num sentido diverso e mais amplo de circunstâncias atinentes à pessoa a que o contrato se refere (tomador ou, no seguro por conta de outrem, segurado), podendo tanto ser culposas como não culposas, HANS MÖLLER, "Die rechtliche Konstruktion der Regeln über die schuldhaftige Herbeiführung des Versicherungsfalles", *JRPV*, 19, 1929, pp. 325-329, p. 325.

¹³ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Da sub-rogação legal do segurador à luz da nova lei do contrato de seguro (Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril)", in *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanchez, II*, PAULO OTERO/FERNANDO ARAÚJO/JOÃO TABORDA DA GAMA (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 449-484, especialmente p. 481, em nota, onde o autor salienta as diferenças de regime em sede de consequência jurídica, assente na distinção entre dolo e culpa.

(IV.1), e complementando a análise com o escrutínio dos regimes previstos para o seu incumprimento (IV.2), tirando do conjunto ilações sobre o modelo de distribuição dos riscos contratuais ligados à actuação sobre o risco seguro (IV.3). Tendo presente este modelo, mediremos as possibilidades de conformação de exigências de conduta de sentido análogo por contrato, perante a hipótese típica da utilização de ccg (V). A partir do exposto, estaremos em condições de debater a natureza destas exigências de conduta (VI).

I. 2. Considerações metodológicas e precisões terminológicas

Será nossa preocupação central tornar visíveis os laços indefectíveis que ligam o Direito do contrato de seguro ao centro do sistema de Direito privado. Temos presentes as palavras de BALLERSTEDT, quando o autor afirma o carácter frutífero de transpor as fronteiras de um domínio de Direito privado especial, logrando deste modo tanto exercer o controlo de que carece o seu desenvolvimento dogmático, como colocar as suas idiossincrasias ao serviço do desenvolvimento geral do sistema¹⁴ – numa dialéctica que, acrescente-se, é fundamental à unidade constituenda do sistema jurídico. Ser-nos-ão aqui fundamentais os trabalhos da dogmática civilística geral relativa à relação obrigacional complexa, bem como à compreensão e delimitação de esferas de risco e responsabilidade contratual através de exigências de conduta – procurando evitar os perigos de uma "ciência dos seguros auto-suficiente", que "perca o contacto com o Direito civil geral"¹⁵. E esperamos a final poder contribuir para a compreensão das refacções possíveis dos institutos gerais.

Dada, por um lado, a complexidade subjectiva da relação jurídica de seguro e, por outro, o facto de apenas no final do trabalho podermos estar, de um modo metodologicamente consequente, em condições de concluir sobre a natureza jurídica destas exigências de conduta, impõe-se algum labor de simplificação terminológica, a bem da clareza da exposição.

Assim, por razões de simplicidade discursiva, usaremos, no correr do trabalho, despreocupadamente o termo "dever" para designar estas posições

¹⁴ KURT BALLERSTEDT, "Recensão a Reimer Schmidt, "Die Obliegenheiten"", *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, 121, 1958, pp. 78-86, p. 86.

¹⁵ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten und Nebenpflichten*, Mohr-Siebeck, Tübinga, 2010, pp. 193, 199-202.

jurídicas. Mesmo que a final se lhes venha a negar a natureza de dever jurídico em sentido próprio, vale aqui o conceito num sentido muito amplo, de exigência de conduta valorada pela ordem jurídica. É um melindre terminológico a que se escusa a doutrina alemã, que vem desde há longas décadas simplesmente usando o termo *Obliegenheit* para, no que toca à posição jurídica do segurado, designar o conjunto de comportamentos que – não contando o pagamento do prémio – aquele deve acatar para, à face da lei ou do contrato, não ver reduzido ou excluído o seu direito à prestação seguradora ou, para os autores que o admitem, para não sofrer outras consequências desfavoráveis. Neste sentido, o termo é usado tanto por quem considera estar perante verdadeiros deveres laterais¹⁶, como por quem concebe as *Obliegenheiten* como mero pressuposto para a aquisição do direito à prestação seguradora¹⁷, como por quem lhes atribui natureza jurídica intermédia¹⁸. Não parece, pois – e aqui deixamos uma ulterior clarificação terminológica –, avisado, nesta sede traduzir directamente *Obliegenheit* por ónus, já que, ao contrário do português, o termo alemão pode designar verdadeiros deveres. Usaremos, pois, o termo no original.

No tocante à multiplicação dos sujeitos que confrontam o segurador na relação jurídica, que leva a uma dispersão das posições jurídicas activas e passivas por várias esferas subjectivas, debateremos em secção específica (IV.1, §3) qual ou quais destes sujeitos serão em concreto devedores, e em que medida o serão. Para não sobre-complexificar a generalidade do texto, *referir-nos-emos entretanto metonimicamente ao segurado, titular do interesse seguro, fíccionando que ocupa também a posição de tomador no contrato e que apenas ele está em concreto na posição de dar cumprimento a esses deveres*¹⁹. Tal quadra melhor com o facto de o cumprimento deles pressupor uma proximidade face ao risco seguro que, quando há

¹⁶ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., *passim*.

¹⁷ Cf. ERNST BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, J. Bensheimer, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1930, p. 277, que, na parte da sua obra relativa ao conceito de *Obliegenheit*, não fornece deste uma definição, limitando-se, na explicação da sua finalidade, praticamente a descrever as várias *Obliegenheiten* previstas na lei e de acentuar a sua grande proximidade face ao risco seguro.

¹⁸ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten, Studien auf den Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrecht*, Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1953, *passim*.

¹⁹ Em tema análogo, ALONSO SOTO, *El seguro...* cit., pp. 44-45, tem, pois, também necessidade de precisar que a referência ao segurado vale num sentido amplo, e que mais acertado fosse talvez falar de um "interessado", enquanto sujeito que tem interesse na realização do risco, podendo tratar-se também do tomador ou do beneficiário.

lugar à separação entre as qualidades de tomador e segurado (no seguro por conta de outrem) ocorre geralmente face ao segundo. De resto, tal quadra com o relevo transversal que atribuímos ao interesse seguro e, como tal, ao papel autónomo que reconhecemos ao segurado nos seguros de pessoas. Diga-se, de resto, que, para evitar incoerências discursivas, manteremos a metonímia também em relação ao ordenamento alemão, apesar de aí a técnica regulatória e a compreensão restrita do interesse seguro por parte importante da doutrina levarem a que o discurso venha polarizado no tomador²⁰.

Tendo o RJCS feito a opção correcta de reconhecer o carácter transversal do interesse seguro como pressuposto de identificação do tipo contratual e condição de validade do contrato celebrado, há, porém, que contar com inevitáveis dificuldades em dar uma regulação conjunta a estruturas que podem ser muito diversas: as que relevam nos quadros de um seguro de danos e as que relevam nos quadros de um seguro de somas ou de capitais. Assim, a qualidade de beneficiário não releva em relação a um seguro de danos – o segurado é aí o credor e destinatário da prestação²¹. E, nos quadros dos seguros de pessoas configurados como seguros de danos, a qualidade de pessoa segura tenderá a coincidir com a de segurado. Já em relação aos seguros de capitais, a qualidade de segurado é "móvel" – ou seja, dependendo da estrutura em causa, aquele interesse deverá ser procurado numa esfera diferente. Como tal, tais disposições devem ser abordadas com especial cautela. Defendemos que, *quando a pessoa segura tenha um papel actuante no contrato, deve ser tida como o segurado; quando não o tenha, deve ser procurada na esfera do beneficiário a qualidade de segurado*²². Tal leva, à face das disposições em causa, a que o beneficiário deva ser tido como sujeito também

²⁰ Assim, tanto a VVG, como a doutrina teutónica, encabeçam a metonímia no tomador do seguro, arrancando da pressuposição de que o seguro foi contratado por conta própria e estabelecendo, nos seguros por conta alheia, a relevância da conduta e conhecimento do segurado (§ 47). Cfr. ainda MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros, Estudo de Direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 210-212.

²¹ MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...* cit., pp. 54-56.

²² Mantemos, pois, a posição que defendemos já em MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida enquanto tipo contratual legal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 299 e ss., parecendo-nos a mais adequada à localização do interesse seguro necessário à contradistinção entre este contrato e a aposta, e ajustando-se, também, como veremos, à incidência destas exigências de conduta. Salientando já que a esfera do beneficiário é a economicamente relevante para determinar a existência do interesse (compreendido como relação económica com os elementos seguros), ULISSE GOBBI, "Osservazioni sulla relazione fra caratteri economici e caratteri giuridici dell'assicurazione", *Assicurazioni*, I, 1936, pp. 254-283, p. 257, conquanto o autor defina os beneficiários como aqueles a quem é destinada a prestação parecendo compreender na categoria também os meros destinatários da prestação.

relevante para a aplicação das consequências, quando tivesse a qualidade de segurado. É um resultado perfeitamente ajustado; porém, a própria lei atalha o problema, incluindo expressamente, no âmbito de aplicação das várias disposições, o *beneficiário*, com nuances regulatórias atinentes ao facto de tal sujeito ter uma posição destacável face à de eventuais outros beneficiários e ao facto de, por força do mecanismo do contrato a favor de terceiro, poder não ter conhecimento da sua qualidade²³.

Em termos metodológicos, fazemos ainda três reparos finais. Em primeiro lugar, sublinhamos que a análise económica será usada de um modo descritivo, apenas para captação tanto do funcionamento da técnica seguradora, como de tendências na interacção dos sujeitos actantes no mercado ou na transacção. Sem questionar a sua utilidade no lançar de luz sobre tendências subjacentes, não lhe outorgamos a missão de fornecer critérios de resolução de controvérsias jurídicas²⁴. Quanto à análise histórica e comparatística, estas serão usadas de um modo funcional, dando subsídios para uma compreensão mais ampla das soluções normativas, no seu papel de fonte de sugestões para uma realização mais cabal do Direito vigente²⁵. Em nenhum caso se trata de recolher aqui argumentos de autoridade.

²³ O facto de por essa via termos afinal uma dupla referência ao mesmo sujeito – que surge à face da mesma norma enquanto segurado e beneficiário – não deve impressionar; é inevitável a dificuldade em regular com o máximo de economia estruturas tão diversas – nas concepções alternativas, virá a ser a qualidade de tomador a coincidir com a de segurado ao apontar para o mesmo sujeito.

²⁴ Tratar-se-ia então, nos cânones da *Law and Economics*, de construir uma verdadeira alternativa ao Direito. Para um percurso em torno da recusa de autonomia ao pensamento jurídico que vai implicada na proposta de Posner, AROSO LINHARES, *O Direito como mundo prático autónomo: Equívocos e possibilidades*, Relatório *com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do direito*, s.ed., Coimbra, 2013, pp. 34-36.

²⁵ Trata-se, na verdade, em ambos os casos de abordagens comparatísticas – KONRAD ZWEIGERT/HEIN KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1996, p. 8. Em sede de análise comparatística (sincrónica), o método mobilizado, aqui, como em geral, é o que se funda na função dos institutos (cfr. pp. 33 e ss. da obra citada). De resto, em sede metodológica, subscrevemos por inteiro as palavras de PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 68 e ss.

I.3. Exigências de conduta e delimitação contratual do risco transferido

§ 1. Risco seguro e sinistro: considerações gerais

Eixos fundamentais do presente estudo são as noções de risco seguro e de sinistro. Para lograr a compreensão destes constituintes do contrato de seguro, é essencial lembrar a função económico-social que o contrato se destina a cumprir, já que é em atenção a esta que se manifesta a vontade da produção de efeitos jurídicos correspondentes – e são esses efeitos jurídicos, por sua vez, que se organizam numa regulação de determinado modelo contratual que assim se autonomiza dos demais modelos contratuais. Numa palavra: é indispensável conhecer a função económico-social que suscita a emancipação de determinado tipo contratual para perceber a regulação específica que o recorta enquanto tipo contratual legal.

Reconhecemos ao contrato de seguro uma função de transferência das consequências económicas de um risco – ou seja, de um modo mais explicativo, de transferência das consequências económicas desfavoráveis que um evento incerto é apto a provocar²⁶. Este evento incerto ameaça, pois, um interesse de um sujeito – o segurado –, exactamente porque é apto a provocar tais consequências negativas na sua esfera: é apto a provocar-lhe um aumento de despesas, ou uma diminuição do seu activo patrimonial. A categoria central do risco vem, assim, aqui entendida num sentido material, que a faz não se bastar com a referência a um mero evento, amarrando-a à noção de interesse: o risco reside nessa possibilidade de sofrer consequências desfavoráveis em virtude de um evento incerto. O *quid* desfavorável a que se quer obviar e que explica a contratação do seguro reside nessas potenciais consequências negativas, e não no mero evento incerto – que pode, tomado em si, ser mesmo um evento desejado. E o risco mostra-se, assim, uma entidade graduável, em função da variação dessa possibilidade, ou dessas consequências. Estamos aqui – repisemo-lo, em prol da clareza – a olhar o plano extrajurídico do sentido prático-económico que leva à convergência num determinado tipo contratual social. Olhando o mesmo plano prático, a ciência económica recorta o risco relevante para o seguro de um modo confluyente: trata-se da possibilidade de desvio desfavorável face a um resultado esperado.

²⁶ Cfr. infra, Parte II.3. §2E.

O risco, e a sua transformação de mera possibilidade em efectividade, decorrem, pois, no mundo-da-vida: é neste plano que decorrem os processos causais influentes do dito evento incerto, e que se manifesta o interesse cuja protecção dá sentido ao contrato. Para configurar a sua protecção com eficácia jurídica, porém, estes referentes práticos são acolhido no contrato. Ora, aí há lugar à delimitação da sua relevância: o segurador circunscreve não só os processos causais que accionarão a sua prestação, como fixa limites ao montante desta, estando assim em condições de avaliar a sua atribuição e determinar qual a contra-atribuição que considera ajustada. Esta circunscrição jurídica da transferência económica do risco é, pois, o esteio do acordo de vontades no sentido da produção das consequências práctico-jurídicas da transferência do risco.

No plano jurídico do contrato, encontramos, como tal, um recorte bidimensional do tipo de eventos e da dimensão das consequências no limite dos quais o segurador se obriga a prestar. Esta é a cobertura contratada: o recorte do risco cujas consequências passaram a incidir sobre a esfera do segurador. Este risco-cobertura contratada, é principalmente invariável, salvo (novo) acordo das partes nesse sentido. Mas o peso económico da atribuição do segurador – a sua "perda esperada" – não o é: este varia ao sabor das variações do risco enquanto possibilidade de sofrer consequências desfavoráveis, manifestada no mundo-da-vida. Ora, e a estas variações é também conferida relevância jurídica: trata-se do referente dos deveres de comunicação dos agravamentos do risco, dos deveres de não agravamento do risco, bem como das faculdades associadas à redução do risco, que trataremos adiante.

Também o sinistro atravessa os planos prático e jurídico. Retrata, no mundo-da-vida, a concretização daquela possibilidade, que traz em si consequências desfavoráveis efectivas ou presumidas. Esta concretização é olhada do plano jurídico, enquanto verificação total ou parcial do evento incerto – nas condições em que este é recortado no contrato – que determina a constituição de um dever de prestar do segurador, relevando tanto enquanto hipótese normativa, articulada com outras hipóteses e consequências, como enquanto efectivação dessa hipótese²⁷.

²⁷ Assim, WILHELM KISCH, *Handbuch des Privatversicherungsrechtes, II, Die Lehre von der Versicherungsgefahr*, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier), Munique/ Berlim/ Leipzig, 1920, pp. 8-9, usa "Versicherungsfall" com esse sentido de risco já concretizado, reservando o termo "Gefahrereignis" ou "Gefahrtatsache" – enquanto acontecimento fáctico, pensado como possível, que condiciona o dever de prestar do segurador – para o evento no plano da mera possibilidade. Não

§ 2. Exigências de conduta e delimitação contratual do risco transferido: o seguro como produto jurídico

A transferência do risco configura-se juridicamente, segundo a doutrina que nos parece mais acertada, através da criação de dever condicionado de prestar do segurador ("Geldleistung" condicionada; estado de vinculação, "liability" no sentido hohfeldiano)²⁸. De resto, independentemente do modo como se conceba a atribuição contratualmente encabeçada no segurador, é ponto assente que esta vive da descrição dos termos dos direitos e deveres das partes no contrato. É essa descrição das circunstâncias em que terá lugar a prestação – num sentido lato, compreendendo a descrição daquilo que se pede em contrapartida, bem como das circunstâncias que poderão afectar tal dever de prestar – que define o bem que o segurador coloca em oferta. A prestação de *dare* a efectuar pelo segurador – tipicamente, em dinheiro – apenas adquire o sentido da cobertura de um risco pelos termos em que vem recortado o seu vencimento; e apenas pela totalidade dos termos em que vem contratualmente recortada se distingue de qualquer oferta concorrente. De tudo isto emerge, pois, na fórmula difundida por DREHER, o seguro como um *produto jurídico*²⁹.

É imprescindível não perder de vista este fenómeno para compreender, desde logo, o *Direito dos seguros efectivamente vigente: este é em grande medida conformado pelos clausulados predispostos pelos seguradores, sendo qualquer quadro legal sempre escasso para o conformar*. E é também imprescindível não o perder de vista para discernir as dificuldades particularmente colocadas aqui pelas

ignoramos que, como é claro, todas as referências feitas num contrato valem num plano hipotético, tendo um correlato efectivo caso os seus pressupostos se verifiquem na prática. Na linha da descrição de sinistro delineada em texto, ALONSO SOTO, *El seguro...* cit., pp. 55-57.

²⁸ Cfr., na doutrina nacional, MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...* cit., pp. 340-344, reportando-se a um estado de vinculação e o nosso MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida...* cit., pp. 41-46; na doutrina alemã, MEINRAD DREHER, *Die Versicherung als Rechtsprodukt, Die Privatversicherung und ihre rechtliche Gestaltung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1991, pp. 89-92 e JÜRGEN PRÖLSS, "§ 1", *Prölss/Martin Kommentar*, C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 18.02.2011), nm. 82 e ss.; na doutrina italiana recente, cfr. PAOLOEFISIO CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 2006, pp. 61 e ss. e 253 e ss., considerando que há, do lado passivo, uma posição de sujeição face a um evento futuro e incerto que converterá tal posição numa obrigação pecuniária; do lado activo, uma posição de expectativa que se converte num direito de crédito com a ocorrência de tal evento.

²⁹ MEINRAD DREHER, *Die Versicherung...* cit., *passim*.

limitações de fiscalização de cláusulas abusivas que recortam os deveres principais das partes³⁰.

Atentemos, pois, na estruturação desse produto através das normas jurídicas que o compõem.

Estas são, numa primeira camada de sentido, as circunstâncias que recortam, pela positiva, a cobertura. A esta descrição dá a doutrina germânica o nome de descrição ou delimitação primária do risco ("primäre Risikoabgrenzung"). Mas não menos conformadora das condições em que o segurador deve prestar – e, nesse sentido, do risco coberto – é a descrição das circunstâncias que configuram exceções ao alcance dessa inclusão do risco ("Risikoeinschluss"). Essa descrição pela negativa corresponde à delimitação ou exclusão secundária do risco ("sekundärer Risikoausschluss"). Por último, uma terceira camada pode intervir ("tertiäre Risikoabgrenzung"), voltando a introduzir na cobertura circunstâncias que estariam compreendidas na descrição secundária do risco e, como tal, excluídas da cobertura. Como podem, neste meio pautado pela autonomia privada, intervir, claro está, outras camadas de inclusão e exceção; mas ficamo-nos pela indicação de um esquema básico e típico de funcionamento.

Criando um sistema de princípio, exceção e re-inclusão, esta ordenação das cláusulas do contrato ancora-se no que para nós aqui releva: a determinação do risco transferido³¹. Com efeito, entre as circunstâncias atinentes à descrição secundária do

³⁰ MEINRAD DREHER, *Die Versicherung...* cit., p. 5.

³¹ Os clausulados nacionais aparecem estruturados numa trilogia de índole diversa, que separa condições gerais, especiais e particulares de acordo com um critério de especialidade; tal trilogia teve assento no art. 37.º, n.º 1, do RJCS. Assim, como a doutrina anota a propósito, são cláusulas gerais as que basicamente definem o tipo de seguro acordado; estas são concretizadas pelas condições especiais, que especificam o conteúdo do contrato; numa terceira camada, as condições particulares referem-se aos específicos tomador e segurado, individualizando o contrato em atenção a estes sujeitos (PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, "Cláusulas contratuais gerais e cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade no contrato de seguro", *Sc. Iur.*, 306, 2006, pp. 241-261, p. 245 e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito dos seguros, Apontamentos*, Principia, Cascais, 2006, p. 82). Note-se que em qualquer um destes níveis poderemos ter delimitações primárias e secundárias do risco. Sendo de utilidade para a interpretação do contrato, esta classificação não se mostra particularmente apta a mapear a transferência do risco operada pelo contrato. Pelo contrário, pelo seu relevo esquemático e alcance em matéria probatória, classificações de sentido aproximado ao da referida em texto têm vindo a insinuar-se mesmo em ordens jurídicas de que não eram tradicionais, como, por influência francesa, a belga – cfr. MARCEL FONTAINE, *Droit des assurances*, Larcier, Bruxelas, 2010, pp. 246 e ss., acentuando a importância da distinção entre a "définition du risque", as "exclusions" e as "décheances"; similarmemente, BERNARD DUBUISSON, "Actualités législatives et jurisprudentielles dans les assurances de choses et de frais", *in Actualités en droit des assurances*, CATHERINE PARIS/BERNARD DUBUISSON (coord.), Anthemis, Liège, 2008, pp. 127-199, pp. 168-169, separa entre "conditions de la garantie" ou "conditions d'assurance", que definem em primeiro

risco – das exceções à cobertura – contam-se *não só situações que são puro recorte objectivo do risco coberto* (vg., num seguro que cubra o risco de necessidade de certos cuidados de saúde, a exclusão de estados patológicos causados por certas doenças), *como deveres de conduta cujo não acatamento paralisa o dever de prestar*³². Por último, competirá ao segurado a possibilidade de fazer valer uma circunstância incluída naquela terceira camada e, por isso, afinal coberta.

Em todos estes casos, *está em causa a distribuição do risco próprio do contrato de seguro*: está em causa o recorte das circunstâncias que conformam a *condictio iuris* que vai aposta ao dever do segurador³³. Isto não é posto em causa pelo facto de parte das exceções que referimos se configurar como a criação de um dever lateral a cargo do segurado³⁴. O segurador toma a si as consequências da ocorrência de certo evento em abstracto desfavorável, cuja possibilidade ameaça a esfera concreta do tomador. Estas consequências transferidas são, inerindo a esta esfera concreta, aptas a serem influenciadas pela conduta – censurável ou não – do titular de tal esfera. Sempre que se cria um dever de não adoptar certa conduta apta a influenciar a probabilidade do sinistro ou seus efeitos, sob pena de o segurador não arcar com as consequências de tal conduta, está a retirar-se tais consequências da determinação do conteúdo do dever de prestar do segurador e, como tal, a subtrair da sua esfera a suportaçãõ do risco, na medida em que é influenciável por

grau o perímetro da garantia, "exclusions" e "déchéances" – as primeiras correspondendo a casos de ausência de direito, de "non assurance" e o terceiro a uma sanção que se traduz na perda de um direito. YVONNE LAMBERT-FAIVRE/LAURENT LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, Paris, 2005, p. 319, usa, a propósito das exclusões de cobertura, a imagem expressiva dos "furos no objecto do contrato".

³² A questão é pacífica na doutrina alemã – cfr., por exemplo, HANS MÖLLER, "VVG § 61 Schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalls", in *Bruck/Möller Kommentar, II*, HANS MÖLLER (†)/KARL SIEG (coord.), Walter de Gruyter, Berlim/Nova Iorque, 1980, pp. 512-616, p. 525; JÜRGEN PRÖLSS, § 1, cit., nm. 114; PETRA POHLMANN, "Beweislast im Versicherungsrecht", in *Karlsruher Forum 2008: Beweislast*, EGON LORENZ (coord.), Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2009, pp. 55-115, p. 69; ROBERT KOCH, "Abschied von der Rechtsfigur der verhüllten Obliegenheit", in *Festschrift für Attila Fenyves*, STEPHAN PERNER/DANIEL RUBIN/MARTIN SPITZER/ANDREAS VONKILCH (coord.), Verlag Österreich, Viena, 2013, pp. 541-563, p. 547.

³³ Saliente-se que é o dever de prestar do segurador, e não o todo do contrato, que vai condicionado: o contrato de seguro produz desde logo efeitos, gerando um estado de vinculação para o segurador, não se encontrando pendente a sua eficácia. Cfr. na doutrina nacional recente ANA ISABEL AFONSO, *A condição, Reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, Universidade Católica Editora, Porto, 2014, p. 89.

³⁴ Na doutrina nacional, JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 396-397, adverte já para a necessária cautela no reconhecimento de "leistungsbezogene Pflichten" e deveres de protecção, brotando da boa fé, para evitar que "o risco contratual [fosse] deslocado com facilidade". Similarmente, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias", *ROA*, 3-4, pp. 633-695p. 659.

tais circunstâncias. Este resultado não se altera se olharmos, como o faz a lei nacional face aos deveres a cumprir após o sinistro, esta constelação na óptica da responsabilidade por violação de deveres: reduzir a prestação na medida do dano causado pela violação dos deveres é deduzir do dever de prestar do segurador a parte atinente às consequências de certas condutas aptas a influenciar o risco suportado. É, pois, libertar o segurador das consequências prático-jurídicas da suportação desse risco. Esta realidade torna-se não menos evidente quando pensado o regime da redução da prestação na medida do prémio pago.

Por outro lado, assentando, antes de mais, na contraposição entre a determinação do risco coberto, as excepções a essa cobertura, e as excepções a estas últimas, a distinção entre estas três camadas   *inextrincável dos juízos sobre distribuição do ônus da prova*³⁵. Vejamos melhor.

Apesar de uma influência considerável da teoria das normas alemã sobre o sistema nacional de distribuição do ônus da prova – particularmente, face ao art. 342. , n.às 1 e 2, e ao posicionamento que sobre ele foi assumindo a doutrina³⁶ –,

³⁵ PETRA POHLMANN, "Beweislast...", cit., "Vielmehr ist es umgekehrt: Die Einordnung in diesen Kategorien erfolgt gerade, indem man  ber die Beweislastverteilung entscheidet; Letztere ist der dahinterstehende Sinn"; menos incisivo, HELMUT KOLLHOSSER, "  49", in *Pr lss/Martin Kommentar*, C. H. Beck'sche, Munique, 2004, pp. 485-501, nm. 14, afirmando que este sistema decide sobre o ônus da prova, que passa do segurado ao segurador a cada degrau. A

³⁶ Dando conta da evolução da doutrina nacional a este respeito, cfr. PEDRO MÚRIAS, *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*, Lex, Lisboa, 2000, pp. 18 e 115 e ss., sobretudo pp. 124 e ss.. Defendendo a teoria das normas na feição rosenberguiana, já MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Noções elementares de Processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 200 e ss.; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "Sobre o ônus da prova nas acções de responsabilidade civil médica", in *Direito da saúde e bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, pp. 121-144, p. 131, embora em MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, pp. 222-223, considere salutar a orientação jurisprudencial que procedeu à inversão do ônus da prova em situações em que a prova de facto negativo não seja possível ou se torne muito difícil para a parte normalmente onerada, o que não se reconduz aos quadros da teoria das normas rosenberguiana; afirma também a sua adesão RITA LYNCE DE FARIA, *A inversão do ônus da prova no Direito civil português*, Lex, Lisboa, 2001, pp. 29-32. Lembremos que a teoria das normas rosenberguiana se funda na ideia de que nenhuma norma pode ser aplicada sem que o juiz se convença da verificação de todos os seus pressupostos; na incerteza, o juiz decide contra a parte que a norma beneficiária. Para apurar quem é que cada norma beneficia, o critério é o da redacção dos preceitos legais (LEO ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilproze ordnung*, Otto Liebmann, Berlim, 1923, pp. 37-38 e 121 e ss.; para uma s mula da tese em português, PEDRO MÚRIAS, *Por uma distribuição...* cit., pp. 43 e ss.). Para o A., as normas (cujo texto relevante pode estar disperso por vários preceitos legais – p. 128) podem configurar normas de base, ou normas constitutivas, quando criam um direito; ou contranormas, quando de alguma forma limitam os efeitos das normas constitutivas, podendo então ser normas impeditivas (quando evitam desde o início os efeitos das normas constitutivas), paralisadoras ou excludentes (quando, ainda que alguns dos seus elementos possam coincidir temporalmente com os elementos do Tatbestand da norma constitutiva, o seu Tatbestand se refere nessa base ao exercício de um direito potestativo, cujos pressupostos apenas se reúnem após preenchido o Tatbestand constitutivo) e extintivas (quando todo o seu Tatbestand   posterior ao da norma constitutiva e produz também o desaparecimento do direito criado). Uma contranorma cont m

não se pode falar de uma recepção de tal teoria. Desde logo, como vem sendo destacado, não presidem sequer à redacção do Código civil, diploma base em que tais normas se inserem – menos ainda, à redacção de legislação de índole menos sistemática – os cuidados que presidiram à feitura do BGB e que alimentaram o crédito da teoria das normas³⁷; e tão-pouco o sistema nacional de distribuição do ónus da prova se amolda inteiramente aos cânones da teoria das normas, atento, por exemplo, o regime do art. 342.º, n.º 3, ou do art. 344.º, n.º 2³⁸. Porém, o eixo do ordenamento nacional é ainda constituído por "uma teoria das normas", ainda que de feição híbrida: à face dos preceitos centrais no sistema nacional para efeitos de distribuição de tal ónus, os n.ºs 1 e 2 do art. 342.º, importa recolher a *qualificação de um facto como constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo à face das concretas normas materiais invocadas para sustentar uma pretensão*³⁹. São estas normas que põem tais factos em relação, não fornecendo os n.ºs 1 e 2 do art. 342.º em si outro critério de qualificação dos factos – que seria imprescindível sobretudo quanto à distinção entre *factos constitutivos e impeditivos*, cujo relevo é apenas probatório⁴⁰⁻⁴¹.

todos os elementos da norma de base, mas junta-lhe outros, correspondendo a um "sim, mas" (p. 127). É, pois, pela estrutura sintáctica da norma que se afere da sua natureza de norma de base ou contranorma (esp. 132). Esta tese pode, pois, resumir-se na seguinte fórmula: cada parte suporta o ónus da prova dos pressupostos das normas que lhe sejam favoráveis – LEO ROSENBERG, *Die Beweislast...* cit., p. 122, "jede Partei hat die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm (...) zu behaupten und zu beweisen".

³⁷ Trata-se de uma paráfrase de PEDRO MÚRIAS, *Por uma distribuição...* cit., p. 131.

³⁸ O art. 342.º, n.º 3, apartando-se de considerações atinentes à estrutura sintáctica e ficando-se contra quem invoque a constituição de um direito, é inspirado por considerações atinentes ao princípio do agressor; o art. 344.º, n.º 2, afasta-se, como é patente, ainda mais decisivamente de lógica da estrutura sintáctica. Cfr. PEDRO MÚRIAS, *Por uma distribuição...* cit., esp. p. 129.

³⁹ É, por um ulterior motivo, importante salientar que tal qualificação opera à face das normas materiais invocadas *para fundamentar determinada pretensão*: é que tal permite-nos salientar a relatividade da própria classificação de um facto como constitutivo ou extintivo: esta só pode ser feita segundo a situação jurídica concreta. Um facto que é constitutivo de um direito de crédito num litígio pode ser invocado como suporte da compensação noutra processo e, como tal, com valia extintiva ou modificativa. A implantação desta ideia no pensamento sobre ónus da prova deve-se a Rosenberg – na versão que consultamos, LEO ROSENBERG, *Die Beweislast...* cit., p. 126, onde colhemos também o exemplo adaptado; na doutrina nacional, cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes...* cit., p. 222, exemplificando com o facto de numa acção de apreciação do pagamento de uma dívida, caber ao autor alegar o facto extintivo do pagamento que, na acção, é facto constitutivo.

⁴⁰ Recorde-se que este é, na sequência do trabalho de Leipold, dos pontos fundamentais de demarcação da teoria modificada das normas face à teoria rosenberguiana. É hoje pacífico que não há uma diferença material entre factos constitutivos e impeditivos – estes só se conseguem distinguir por apelo a um ulterior critério legal de distinção, não sendo mais do que "uma súmula de todas as normas especiais de distribuição do ónus da prova predispostas pelo legislador por oposição à norma de base" (este é mesmo tido como o cerne das críticas dirigidas à teoria das normas de Rosenberg – cfr. Hanns Prütting in HANS-WILLI LAUMEN/HANNS PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast, Grundlagen*, GOTTFRIED BAUMGÄRTEL/HANS-WILLI LAUMEN/HANNS PRÜTTING (coord.), Carl Heymanns, Colónia/Munique, 2009, pp. 143-144 e, para a citação, p. 146; HANS-JÜRGEN AHRENS,

Sendo, desde logo, a separação entre a delimitação primária do risco e as exclusões do risco uma separação entre factos constitutivos e impeditivos, teremos aqui que nos haver com "a cruz" das questões probatórias⁴². Ora, como salienta

"Die Verteilung der Beweislast", in *Karlsruher Forum 2008: Beweislast*, EGON LORENZ (coord.), Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2009, pp. 7-53, pp. 21-22). É materialmente idêntico dizer que uma declaração de vontade válida pressupõe a maioridade e dizer que esta pressupõe a ausência de menoridade. Esta característica não se define ou compreende a partir de si própria, mas apenas em atenção a um critério legal ulterior de distribuição do ónus da prova (HANNES PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast, Eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht*, C. H. Beck'sche, Munique, 1983, p. 267). Menos peremptória a este respeito é a doutrina italiana, conquanto pareça também chegar a resultados semelhantes, salientando que a natureza impeditiva do facto *decorre apenas da formulação da própria norma* – é esta o ponto de partida, *podendo o Direito objectivo tanto tomar um facto como pressuposto positivo do direito, como tomá-lo como seu pressuposto negativo* –, sendo a qualificação retirada da interpretação das normas materiais à luz de uma metodologia similar à da teoria das normas modificada, com relevo de argumentos não só literais-sintácticos, mas também teleológicos (GIOVANNI VERDE, "Prova, b) Teoria generale e Diritto processuale civile", in *Enc. Dir., Vol. XXXVII*, Dott. A. Giuffrè Milão, 1988, pp. 579-647, pp. 631 e ss.; SALVATORE PATTI, "Prova, I) Diritto processuale civile", in *Enc. Giur.*, Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1991, pp. 1-14, p. 11, e, mais recentemente, SALVATORE PATTI, *Le prove, Parte generale*, Giuffrè, Milão, 2010, pp. 126-128). Veja-se quanto dizemos na nota seguinte.

⁴¹ Tal vale, porém, com uma limitação. Os factos cujo *Tatbestand* se forma prévia ou simultaneamente ao dos factos constitutivos, quando dêem origem a um direito de exclusão dos direitos fundados nos factos constitutivos, são, na ordem jurídica alemã, qualificados como factos excludentes e facilmente apartados dos constitutivos, por o seu *Tatbestand* compreender este direito excludente ulterior. Na nossa ordem jurídica, que, tal como a italiana, não conhece tal categoria, são havidos por impeditivos.

⁴² Assim, HANS-JÜRGEN AHRENS, "Die Verteilung...", cit., p. 21. Na doutrina italiana clássica, encontramos também as exclusões de cobertura claramente identificadas como factos impeditivos da cobertura, cuja prova incumbe ao segurador, ANTIGONO DONATI, *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private, II*, Dott. Antonio Giuffrè, Milão, 1954, p. 138; GIUSEPPE FANELLI, *Le assicurazioni, I, Introduzione, analisi e qualificazione del rapporto assicurativo*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 1973, pp. 134-136. A propósito da identificação do facto doloso do segurado como facto impeditivo do seu direito, ANTIGONO DONATI, *Trattato...II*, cit., p. 138, convoca o critério da normalidade, como de demarcação dos factos impeditivos, citando Chiovenda e Betti. Similarmente, para identificação das exclusões, GIUSEPPE FANELLI, *Le assicurazioni...* cit., pp. 135-136, usa um critério de regra *versus* excepção. Assim, identifica as hipóteses qualificadas pela lei como excepções à cobertura (vg., dolo ou culpa grave do segurado); à face do clausulado contratual, parece usar um critério de pura redacção: se a descrição do risco absorver todas as suas especificações, invertendo a relação regra-excepção, é de todos esses factos que o segurado tem que fazer prova. Não demos conta do afloramento da problemática na tratadística mais recente; MARCEL FONTAINE, "Déchéances, exclusions, définitions du risque et charge de la preuve en droit des assurances, Anotação aos acórdãos da *Cour de Cassation, 1.re chambre*, de 7 de Junho de 2001 e de 18 de Janeiro de 2002", *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 1, 2003, pp. 5-73, pp. 45-46, dá-nos, porém, conta de que, na sequência de divisões jurisprudenciais quanto ao tema, a orientação vigente na jurisprudência italiana do final do séc. XX era no sentido de impor ao segurado a prova de todos os factos integrados na delimitação do risco, quer fossem atinentes à sua descrição, quer à sua exclusão.

As ordens jurídicas francesa e belga, informadas nesta matéria pelo *Code civil* napoleónico, não dão o relevo geral aos factos impeditivos. O art. 1315.º do Code acolheu o princípio cunhado por Pothier, que se limita a distribuir a prova dos factos constitutivos do direito – a cargo do respectivo credor, que invoque tal direito – e dos factos extintivos – a cargo do alegado devedor que se pretenda exonerar (ROBERT JOSEPH POTHIER, "Traité des obligations", in *Oeuvres de Pothier, Annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle, II*, M. BUGNET (coord.), Cosse et Marchal/ Henri Plon, Paris, 1861, pp. 1-496, p. 398; ao contrário do que pretendem CATHERINE PARIS/JEAN-LUC FAGNART, "Actualités législatives et jurisprudentielles dans les assurances en général", in *Actualités en droit des assurances*, CATHERINE PARIS/BERNARD DUBUISSON (coord.),

Anthemis, Liège, 2008, pp. 7-125, p. 67, não é esse princípio que o art. 870.º do *Code judiciaire* belga reproduz, ao prescrever que cada uma das partes deve provar os factos que alegue – trata-se de uma redacção idêntica à do art. 2045.º do nosso CC de 1867 e identicamente infeliz, que liga as consequências de distribuição do risco do *non liquet* à alegação ou falta dela de factos, prejudicando quem mais exponha sobre a sua pretensão, e não ao pretender fazer-se valer de um direito – MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Noções...* cit., p. 203). Não obstante, a distinção entre o regime do ónus da prova que vale para as exclusões e o que vale para a delimitação primária do risco encontra-se estabelecida no Direito francês e tem apoio relevante no ordenamento belga. Para que possamos contextualizar ulteriores observações feitas em texto, vejamos brevemente a evolução nos dois ordenamentos.

Na França, desde os acs. de 15 e 22 de Outubro de 1980, da 1.ª Câmara civil da Cassação que a jurisprudência vem atribuindo ao segurador a prova da ocorrência dos factos que integram as exclusões de cobertura. Apesar das dificuldades que o conceito coloca e das oscilações jurisprudenciais a que dá lugar, tal conta ainda com o aplauso da doutrina, considerando-se que, a partir do momento em que o segurado estabelece uma aparência de garantia, cabe ao segurador rebater tal aparência (Groutel in HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE/MAUD ASSELAÏN, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis, Paris, 2008, pp. 259 e 276). Desde o ac. da 1ª Câmara civil da Cassação, de 26 de Novembro de 1996, o critério jurisprudencial geralmente adoptado é o que define a exclusão como cláusula *que priva o segurado da garantia em razão de circunstâncias particulares de realização do risco*; para uma análise sinóptica desta evolução, GEORGES DURRY, "La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque, (Une proposition de réforme pour trancher le noeud gordien)", in *Études offertes à Hubert Groutel, Responsabilité civile et assurances*, LexisNexis Litec, Paris, 2006, pp. 129-144, pp. 131-136, e MARCEL FONTAINE, "Déchéances...", cit., pp. 137 e ss.). Esta delimitação aparta, na verdade, a exclusão de duas realidades contíguas, que a doutrina francesa desentranha do risco primário. Trata-se, por um lado, da *definição do risco* (na esteira de Picard e Besson também designada, de um modo que pouco ajuda à clareza – de resto, desnecessária no pensamento dos autores, que não estabeleciam aqui distinção – como "exclusão indirecta"), vista como o perímetro externo da garantia e contraposta às circunstâncias particulares da exclusão, que estão como "furos nesta cobertura" (YVONNE LAMBERT-FAIVRE/LAURENT LEVENEUR, *Droit...* cit., p. 319). Por outro lado, trata-se das condições de garantia, descritas de um modo muito mais intensivo, como situações cuja verificação é necessária para que o segurador preste, implicando por vezes uma medida do segurado destinada a prevenir a realização do risco, por outras que o segurado se deva colocar em determinada situação antes de se expor ao risco (Groutel in HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 237 e ss e LUC MAYAUX, "Exclusions, conditions et déchéances: au coeur des ténèbres", *RGAR*, 9, 2012, pp. 14908(1)-14908(7), 14908(4)). Na sua compreensão, salientam-se duas notas: de um lado, a sua referência frequente a uma conduta ou mesmo a um dever a adoptar pelo segurado – o que não potencia, antes prejudica, a delimitação face às exclusões, que também se podem reportar a deveres; é, assim, em relação às condições que se levantam verdadeiros problemas de demarcação face às exclusões do risco. A segunda nota, que ressoa no excerto citado do acórdão e tem sido desenvolvida pela doutrina, é atinente a um critério de duração. Serão exclusões as circunstâncias particulares de realização do risco, *circunstâncias atinentes ao momento do sinistro*, verificando-se ao tempo do seu surgimento, ou relevando para as suas consequências: tipicamente, trata-se de medidas de prevenção do risco a adoptar apenas em certas circunstâncias, que se verificavam ao tempo do sinistro (segundo Luc Mayaux, o teste de reconhecimento formula-se como "alors que..."); já as condições de cobertura valem para todo o tempo da suportação do risco: correspondem a medidas de prevenção tendentes a obter a diminuição do risco de um modo permanente (são "condition[s] permanente[s] du risque garanti" – ANDRÉ FAVRE ROCHEX/GUY COURTIEU, *Le Droit du contrat d'assurance terrestre*, LGDJ, Paris, p. 88 – , sendo comandadas, segundo Luc Mayaux, pelo teste "si..." – cfr. Leduc in HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 529-530; LUC MAYAUX, "Exclusions...", cit., pp. 14908 (6) e ss. Para além do carácter problemático da categoria das "conditions de la garantie", diga-se que não é um critério sólido. Desde logo, a categoria das condições de cobertura como algo de materialmente diverso das exclusões é, ela própria, equívoca. Acresce que tanto os pressupostos das condições de garantia como os das exclusões devem estar preenchidos no momento da ocorrência do sinistro. Ora, quando a medida que corporiza a condição consistir numa conduta única a adoptar no início do contrato – instalação de um conjunto de extintores que permanecerá por toda a cobertura –, poderá aí recortar-se (se bem que sem grande fundamentação) um conjunto relativamente identificável de cláusulas. Mas quando a medida que deva ser adoptada ao longo de toda a cobertura se materialize

num conjunto de condutas reiteradas, os problemas de balizagem manifestam-se: não encontramos crítica à qualificação como condição de cobertura do dever de embalar certas de mercadorias segundo um modo regulamentarmente definido. Mas se esse dever for incumprido em vários transportes de bens, sem que se verifique qualquer sinistro, tal será perfeitamente irrelevante face ao momento em que, perante um transporte de bens com estes regularmente embalados, se verifique o sinistro. Ou suponha-se ainda que esse dever só abrange certo tipo de mercadorias das que são cobertas pelo seguro de transporte: o dever surgirá durante todo o período do risco, mas só quando se verifiquem os pressupostos da sua emergência. Deixaremos de estar perante uma condição de cobertura? Procurando uma desambiguação, ANDRÉ FAVRE ROCHEX/GUY COURTIEU, *Le Droit...* cit., p. 89, considera que se deve falar apenas de condições quando a obrigação do segurado *não tenha qualquer relação com as circunstâncias de realização do risco*. Porém, não podendo tal juízo deixar de ser feito em abstracto, e curando-se aqui em grande medida de medidas a adoptar pelo segurado em nome da prevenção do sinistro, a categoria ficará em grande medida esvaziada. Assim, Leduc in HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 529-530, reconhecendo ao critério o mérito de se desgarrar de uma pura atenção à redacção, que em nada sindicaria as opções de conveniência do segurador, reconhece que o critério não é líquido o bastante para evitar uma boa dose de empirismo na sua aferição. De resto, ainda que nos fincássemos no critério de que seriam condições as medidas que exigissem uma actuação única, desembocaríamos na crítica decisiva: se se trata em ambos os casos da imposição de condutas preventivas que resultam numa limitação da cobertura conferida ao segurado, não se vê porque a protecção conferida ao segurado num caso e noutro haveria de ser de plano diversa (assim já GEORGES DURRY, "La distinction...", cit., p. 138). A generalidade da doutrina francesa não vê assim a questão porque começa por se fincar no carácter externo das condições face ao perímetro da cobertura, sem verdadeiramente problematizar a questão.

As prevenções face a esta referência ao Direito francês não podem ficar-se por aqui; urge ainda salientar que a distinção entre o que designamos por delimitação primária da garantia e o que se tem já como exclusão é associada a três consequências práticas, das quais a distribuição do ónus da prova parece ser a menos importante. As outras duas são atinentes a exigências que atingem apenas as exclusões do risco: estas deverão ser formais e limitadas (art. L131-1); e, desde 1981, deverão também figurar em caracteres destacados (L112-4), em ambos os casos sob pena de invalidade. Dado o peso da consequência jurídica da invalidade e a prontidão com que os tribunais fazem uso dos poderes conferidos pelo art- L131-1, não se estranha que a consequência prática essencialmente tida em vista com a distinção seja a compreendida por este artigo. Acresce que as consequências associadas à distinção em sede probatória são também relativizadas (ao menos por alguma) doutrina, por alusão aos amplos poderes exercidos pelos tribunais em matéria de distribuição do ónus da prova. Assim, GEORGES DURRY, "La distinction...", cit., p. 142, e, na sua esteira, LUC MAYAUX, "Exclusions...", cit., p. 14908(5), dão nota de que os tribunais tendem a distribuir o ónus da prova (objectivo, embora a doutrina nem sempre o destrince claramente do subjectivo) de um modo pragmático, de acordo, antes de mais, com a maior ou menor facilidade de fazer prova para cada uma das partes; em casos de igual dificuldade, prevalecem considerações de política legislativa, atinentes à protecção do segurado.

No quadrante belga, a questão surge ainda rodeada de polémica, encontrando-se posições muito extremadas na doutrina e mesmo leituras antagónicas quanto à posição da jurisprudência tida por vigente. Não se levantam problemas face ao ónus da prova do reentrar do sinistro na definição primária do risco – a cargo do segurado – ou da violação de deveres conducente à exoneração do segurador – a cargo deste –, invocando-se sem percalços o disposto, respectivamente, na al. 1 e na al. 2 do art. 1315 do *Code civile*. Já face às cláusulas de exclusão do risco, manifesta-se dissenso tanto na casuística, como na leitura que dela faz a ciência jurídica. Com efeito, *por acórdão de 5 de Janeiro de 1995, a Cassação veio considerar que deveria ser o segurado a fazer prova de que não ocorria uma exclusão de cobertura*. MARCEL FONTAINE, "Déchéances...", cit., pp. 59 e ss., e MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., pp. 251 e ss., que considera tal posição fundamentalmente equivocada – contrária à defendida não só na generalidade dos países europeus, mas também pela jurisdição europeia e ao sentido das diferentes alíneas do *Code civile*, não devendo as exclusões ser enquadradas junto dos factos constitutivos do direito, já que o segurador que se prevalece de uma exclusão *refuta uma aparência de cobertura*, libertando-se do dever que à partida lhe caberia por o facto se enquadrar no âmbito do risco coberto – menoriza tal tomada de posição jurisprudencial, que considera abandonada pela Cassação belga, que viria a reverter com os acórdãos de 7 de Junho de 2001 e 18 de Janeiro de 2002, nos quais estava em causa a qualificação da causação intencional do sinistro como exclusão ou "déchéance" e que o tribunal tinha resolvido, sem se pronunciar pela

POHLMANN⁴³, não se pode perder de vista que as normas materiais que convocamos na separação entre delimitação primária e secundária do risco *são cláusulas contratuais, tipicamente predispostas por um dos contratantes*. Retirar da sua redacção uma determinada distribuição do ónus da prova seria correr, desde logo, o risco da arbitrariedade, já que a redacção é determinada, ao menos, concorrentemente, por razões alheias à questão probatória: desde logo, razões de recorte claro da cobertura, sendo a estrutura regra-excepções, vg., mais visível num seguro "contra todos os riscos" que excepcione desta cobertura de plano os não cobertos, do que num seguro que cubra vários riscos diversos e individualmente especificados⁴⁴. Acresce, decisivamente, que tal processo correria o risco de atribuir ao segurador, de *um modo muito pouco transparente, um instrumento de devolução do risco à esfera da sua contraparte*: tendo o cuidado sintáctico de descrever o risco sempre pela positiva, o segurador colocaria sobre o sujeito interessado em fazer valer a cobertura o ónus da prova de uma multiplicidade de factos, multiplicando as possibilidades de insucesso da sua pretensão e conseguindo com isso uma genuína *deslocação do risco através de meios jus-probatórios*⁴⁵.

qualificação, pela remissão para o art. 1315, al 2, do *Code*. A separação entre um e outro tipo de factos é também assumida por BERNARD DUBUISSON, "Actualités...", cit., p. 138. Por sua vez, CATHERINE PARIS/JEAN-LUC FAGNART, "Actualités...", cit., pp. 72 e ss, que vêm em tal acórdão de 1995 a posição justa – sustentada nos trabalhos preparatórios da LCA, onde a definição do risco pela positiva, ou por via de exclusões, foi reconduzida à modelação da cobertura – *consideram-no encarnação do entendimento clássico na matéria* e, apelando ao facto de os ditos acórdãos de 2001 e 2002 se debruçarem sobre uma questão de causação dolosa do sinistro, rejeitam que tenha havido qualquer *révirement*, já que estaria aí em causa uma "déchéance", e interpretam a jurisprudência posterior como confirmando este entendimento. A insinuação de tal tese no ordenamento belga seria resultado da enorme influência do pensamento de Marcel Fontaine. Com desusada veemência, os autores rejeitam a valia de uma tal distinção entre os factos que suportam o direito do segurado, considerando que esta não é nem pertinente – tratar-se-ia sempre de delimitar o risco –, nem praticável. Segundo os autores, cabe ao segurado, que se pretende credor da garantia, provar que o sinistro entra no seu perímetro e que não se encontra excluído; a única limitação à unilateralidade desta distribuição do ónus da prova surge quando seja previsto como exclusão um facto susceptível de ser qualificado como infracção – crime ou contraordenação –, por força do princípio da presunção de inocência (p. 85). A terminar, saliente-se que a via da eliminação das diferenças práticas entre as categorias é, no quadrante francófono, defendida também por GEORGES DURRY, "La distinction...", cit., pp. 138 e ss.; a abordagem deste autor é, porém, diametralmente oposta à dos autores belgas, já que este considera que, em termos de Direito não probatório, se trataria de estender o regime protectivo, que vale com carácter de ordem pública para as exclusões, a todas as categorias e, em termos de distribuição do ónus da prova, haveria que proceder segundo critérios de proximidade probatória e, no limite, protecção do segurado.

⁴³ PETRA POHLMANN, "Beweislast...", cit., pp. 70-72; já antes, JÜRGEN PRÖLSS, *Handbuch der Beweislast im Privatrecht, V, Versicherungsrecht*, Carl Heymanns Verlag, Colónia/Berlim/Bona/Munique, 1993, p. 167.

⁴⁴ LUC MAYAUX, "Exclusions...", cit., p. 14908(3).

⁴⁵ Parafraseamos aqui o conhecido título do estudo de HANS STOLL, "Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel", *AcP*, 2-3, 1976, pp. 145-196, onde o autor se reporta ao uso pela jurisprudência de expedientes que vão desde o aligeiramento probatório à inversão do ónus da prova,

Atenta esta inescapável interacção entre distribuição do ónus da prova e consistência dos direitos criados – de que a natureza de normas materiais de que predicam as normas sobre distribuição do ónus da prova não permite duvidar⁴⁶ –, trata-se ainda aqui de uma operação de interpretação do negócio jurídico, que não pode prescindir do jogo com os critérios de Direito objectivo – sobretudo, o padrão normativo da boa fé (arts. 239.º do CC e 10.º e 11.º do DLCCG). Urge, como tal, partir de como um segurado normal, colocado na posição do segurado real, compreenderia a distribuição do ónus da prova pelas cláusulas contratuais, à luz da finalidade do contrato no seu conjunto; em complemento, actuam critérios de determinação que velam por que tal distribuição não frustre a finalidade do contrato no seu conjunto, esvaziando a cobertura fornecida dos seus efeitos úteis ou alargando demasiado a protecção (arts. 15.º e 16.º DLCCG).

Poderá haver cláusulas expressas de distribuição do ónus da prova que determinem que de certos factos deve ser o segurado a fazer prova para obter a prestação seguradora – tornando-os, portanto, factos constitutivos. Estas convenções são, em princípio, válidas, salvo quando determinem a violação da boa fé, sobretudo pela frustração do fim negocialmente visado (arts. 15.º e 16.º do citado diploma)⁴⁷. Para lá destas, estaria em primeira linha disponível o princípio do agressor, como princípio central de distribuição do ónus da prova, determinando uma distribuição desfavorável a quem pretender produzir uma alteração no mundo jurídico, pondo em causa um estado possessório (em sentido amplíssimo) vigente⁴⁸. Este princípio

com o efeito de, sem uma desaplicação declarada das normas aplicáveis, produzir um agravamento do standard de responsabilidade, facilitando o seu accionamento pelo lesado (cfr. logo a p. 146).

⁴⁶ Na doutrina italiana, cfr, recentemente, SALVATORE PATTI, *Le prove*, cit., pp. 93-95.

⁴⁷ Atacar estas cláusulas mediante a alegação de que se trata aqui de uma alteração dos critérios de distribuição do ónus da prova, nos termos do art. 21.º, g), do referido Decreto-Lei, pressupõe que se encontre já efectuado o juízo, que em texto vemos ser delicado, de destriça entre factos constitutivos e impeditivos do direito. A proibição absoluta da inversão do ónus da prova configura um parâmetro mobilizado em abstracto, pelo que dificilmente seria procedente face a uma cláusula que simplesmente colocasse a cargo do segurado a prova de determinados factos – haveria que saber sequer se tais factos deveriam, à luz de um critério geral teleológico como o que propomos em texto, ser havido como constitutivos ou impeditivos. Na sede específica que agora analisamos, e que nos coloca perante categorias que são o resultado de um juízo sobre distribuição do risco probatório, parece-nos que só mereceria um juízo abstracto de censura uma cláusula que *volvesse toda a factualidade relevante para determinar os limites da cobertura em factos constitutivos do direito à prestação*.

⁴⁸ Como se lê em, PEDRO MÚRIAS, *Por uma distribuição...* cit., pp. 106-107, o princípio do agressor ou do queixoso foi formulado por Bech, ao findar o séc. XIX. Segundo esta tese, o ónus da prova incumbe ao agressor, que é aquele que põe em causa um estado possessório, no sentido mais amplo da expressão, visando a transferência para si dessa situação de poder que se encontra com o agredido. O princípio surge fundamentado na defesa da paz social – se se favorecesse o agressor, abrir-se-ia a porta a disputas sem fim. Base de funcionamento do princípio é, pois, estabelecer quem

determina, estando em causa direitos de crédito, que o ónus impenda sobre quem alegue factos constitutivos ou factos extintivos, tendo certo respaldo no art. 342.º, n.º 3, do CC. Nesta sede, como é bom de ver, não nos serve como ponto de partida, porque sob a capa de tais factos constitutivos vão englobados tanto os pressupostos positivos, como negativos, do direito do agressor-segurado. Ou seja, pensado o problema do prisma do agressor-segurado, este princípio não nos levaria mais longe do que a *presunção do carácter constitutivo de todos os factos, equivalendo à presunção de que todas as cláusulas de recorte do risco seriam de delimitação primária, e não exclusões de cobertura*. Alijando a prova negativa de todas as exclusões do risco por sobre o tomador-segurado, promoveria uma total devolução do risco à sua esfera, mostrando uma patente desadequação material para a resolução desta problemática.

Tão-pouco nos parece probante, para determinar o sentido da distribuição do ónus da prova, o recurso ao princípio *in dubio, contra stipulatorem*: começámos por ver que a redacção das cláusulas não fornece um ponto de chegada na distribuição do ónus probatório, não sendo correcto vir elevar tal redacção, afinal, a critério distributivo apenas para promover uma decisão sistemática em sentido contrário ao dos interesses do segurador. Este seria, pois, um critério tão cego como o que acabamos de rejeitar.

É inequívoco que o direito à prestação seguradora se constitui a partir da verificação do factos descritos no contrato. Assim, pelo menos os elementos mínimos para que a cobertura daquele risco tenha sentido – bens ou sujeitos a que se reporta o risco e riscos, no sentido de causas do sinistro, cobertos ("perils") – não poderão deixar de ser havidos como facto constitutivo. O mesmo vale quanto aos marcos externos do perímetro da cobertura – os limites de duração material e

desfruta de um estatuto possessório e quem actua como agressor, visando uma alteração do mundo jurídico. O princípio do agressor é ainda hoje tido como um argumento importante de distribuição do ónus da prova, sendo mobilizado em defesa da teoria das normas modificada (incorrectamente, como faz valer PEDRO MÚRIAS, *Por uma distribuição...* cit., pp. 110-111, demonstrando a não coincidência dos resultados dos dois critérios em situações em que estejam em causa direitos reais ou pessoais de gozo), quer na explicação de critérios como o positivado no nosso 342.º, n.º 3, do CC. Latamente (PEDRO MÚRIAS, *Por uma distribuição...* cit., pp. 113-115), funda-se no princípio *casum sensit dominus*, enquanto mínimo de individualismo que leva a que não se deva privar um sujeito de um bem com o único propósito de o atribuir a outrem, desde que o estado possessório em sentido amplo existente surja "como bem merecedor de tutela, como valor económico-social que caiba ao direito proteger"; na naturalidade dos cuidados probatórios do queixoso (é natural que quem quer promover uma alteração diligencie para obter a prova correspondente) e, com relevo jurídico, exigibilidade de tal cuidado; e na necessidade de não incentivar a propositura de acções sem fundamento (o que seria propiciado se aquele que quisesse promover uma alteração jurídica fosse beneficiado em termos probatórios).

alcance espacial e temporal da cobertura e o tipo de danos coberto. Trata-se, no fundo, dos elementos que configuram o mínimo que terá que se verificar para se ter por accionável a cobertura e, portanto, para que o direito emerja⁴⁹.

Determinar qual é esse mínimo é uma tarefa que solicita, não o negamos, um labor ulterior de concretização. A redacção que suporta a descrição do risco apenas pode ter um valor indiciário de determinada distribuição, devendo esta ser feita por apelo aos princípios que podem interferir na distribuição do ónus da prova⁵⁰⁻⁵¹.

⁴⁹ Estamos aqui perante a uma metodologia similar à usada por BERNARD DUBUISSON, "Actualités...", cit., p. 138, para delimitar aquilo a que chama exactamente o "pèrimètre de la garantie au première degré", de que considera exactamente que o encargo da prova impende sobre o tomador: autor constrói uma lista de critérios objectivos para delimitar este perímetro. À diferença do autor, porém, consideramos que estes critérios, ademais com o sentido mínimo de *intensio* que sublinhamos em texto, apenas fornecem uma resposta inicial ao problema. É similar o sentido em que vale o critério francês que insiste na "especificidade das circunstâncias de realização do risco" para identificar a exclusão – mas apenas quando se trata de a apartar da delimitação do perímetro da cobertura atinente à definição do risco; como vimos, a categoria das condições de garantia é assinalavelmente mais problemática. MARCEL FONTAINE, "Déchéances...", cit., pp. 59 e ss., acolhendo o critério francês (sem se deter, porém, na problemática das condições de garantia), não se fica por ele, apelando ulteriormente a um critério de normalidade: tratar-se-á de encontrar *o conteúdo normal da garantia conferida*; não adiantando muito mais, admite que a determinação do que é a delimitação primária do risco será em grande medida afectada pelas opções de redacção. Não é, de resto, muito distante a delimitação corrente do risco primário proposta na esfera jurídica alemã, reportando-se à identificação das coisas seguras, riscos e danos, âmbito temporal e local da cobertura – cfr., por exemplo, ROBERT KOCH, "Abschied...", cit., p. 546 e DIRK LOOSCHELDERS, "VVG § 1 Vertragstypische Leistungen", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 26.11.2013), nm. 13.

⁵⁰ Começando por reconhecer a interferência dos critérios de distribuição do ónus da prova sobre a consistência dos Direitos atribuídos, não podemos ficar alheios à argumentação a favor da determinação prévia de critérios gerais de distribuição (PEDRO MÚRIAS, *Por uma distribuição...* cit., pp. 155 e 160-161, a cuja proposta subjaz em grande medida esta preocupação; GOTTFRIED BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, Carl Heymanns, Colónia/Berlim/Bona/Munique, , pp. 120-121; PETRA POHLMANN, "Beweislast...", cit., p. 70;). Simplesmente, aqui, como em relação ao ónus da prova dos factos reentrantes nos pressupostos de normas legais, o único critério que permitiria ao menos uma aparência de previsibilidade seria um puro critério de redacção. O preço a pagar seria, porém, a arbitrariedade da distribuição ou a sua atribuição ao arbítrio do segurador. Não parece haver razões para aceitar que a redacção das cláusulas vise à partida uma específica distribuição do ónus da prova, que seja apenas necessário corrigir. A necessária transparência no recorte do risco coberto pode impor soluções de redacção – vg., evitar construções assentes em duplas negativas, face ao carácter à partida negativo das exclusões – sem que a isso tenha vindo ligada determinada intenção de distribuição do ónus da prova.

⁵¹ Estamos aqui já para lá da mera interpretação do contrato e a recorrer ao Direito objectivo, numa zona onde o contrato vale como facto jurídico face ao Direito objectivo. Reconduzir ao acordo de vontades a distribuição do ónus da prova por apelo aos princípios seria assentar na pura ficção. Não acompanhamos, pois, metodologicamente, PETRA POHLMANN, "Beweislast...", cit., p. 71, quando a autora convoca os princípios citados em texto nos quadros da interpretação complementadora do contrato. São considerações similares às que merece a teoria das normas modificada. Lembre-se que para além da crítica da teoria das normas de Rosenberg em sede de fundamentos metodológicos e de alegação de uma diferença material entre factos impeditivos e constitutivos, as teorias que procederam à reconstrução da tese clássica apontaram as suas baterias ao problema da determinação do ónus da prova à face de normas não codificadas no BGB, e não imbuídas dos seus cuidados de redacção. Em geral, pode dizer-se que estas teses procuraram aqui, fincando-se ainda na interpretação das normas materiais invocadas, dar destaque a outros elementos da interpretação que

Ganha aqui especial valia o princípio da boa fé, estabelecendo o balanço entre o esvaziamento e o alargamento excessivo da cobertura⁵². Recorde-se que *o segurado diligente deverá poder contar com a necessidade de se darem tais factos como assentes para fazer valer a sua pretensão*, orientando a sua conduta no sentido não só de os alegar, mas, já antes, da recolha da prova necessária. Assim, na especificação do critério da boa fé, pode relevar o critério da normalidade: se o facto surgir como *normalmente associado à realização do risco coberto*, deve ser

não o literal, com grande ênfase no elemento teleológico. A argumentação teleológica está presente mesmo quando se conclui pelo acolhimento de certa distribuição na própria letra da lei, valendo como explicitação dos motivos da distribuição cunhada pelo legislador. O argumento teleológico vale, porém, para além da letra dos preceitos, em vista da extirpação da norma de distribuição do ónus da prova a partir da norma que funda a pretensão em causa; estaremos aqui ainda, segundo a doutrina, perante uma operação metodológica de interpretação – apenas passaremos a estar do lado do verdadeiro desenvolvimento jurisprudencial do Direito quando o julgador conceda um aligeiramento de prova, ou, no limite, proceda à inversão do ónus de provar. (cfr., em geral, HANS-JÜRGEN AHRENS, "Die Verteilung...", cit., pp. 20 e ss.). Ainda no campo da interpretação da norma, actuam critérios de diversa índole, tanto jusprocessual (princípio do agressor, probabilidade, proximidade face às provas e estado de necessidade probatório), como jusmaterial (protecção e promoção do tráfico jurídico; em face das violações grosseiras de deveres, prevenção, equidade, compensação do risco probatório, responsabilidade por um âmbito espacial ou material) – cfr. HANS-JÜRGEN AHRENS, "Die Verteilung...", cit., pp. 29 e ss.. Para uma das obras mais influentes nesta metodologia, cfr. HANNS PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme...* cit., pp. 257 e ss. e, conclusivamente, p. 264, reconhece com valia geral na ponderação subjacente à atribuição do ónus da prova, de um lado, o princípio do agressor, e do outro a ideia de escopo da norma material em causa, que reconduz a um fundamento material atinente à *efectivação e protecção do fim da norma* ("Normzwecksicherung und -stärkung"), também dito princípio *in dubio pro razione legis* – fundamento material este que consubstancia um aglomerado de critérios, que se ligam com particular intensidade a certos âmbitos materiais (fala, vg., de ponderações abstractas de probabilidade, com reflexo marcado no princípio *in dubio, pro reo*, no critério da proximidade face à prova, com relevo, vg., em Direito do trabalho, face aos processos internos e reservados de gestão da empresa, na protecção e promoção do tráfico jurídico face às normas que protegem adquirentes de boa fé...) e que tanto se sobrepõem, como apontam sentidos contraditórios. A questão do critério de distribuição do ónus da prova é consabidamente complexa e o debate não se encontra encerrado. Saliente-se que é também num sentido próximo ao da teoria das normas modificada que se tem desenvolvido a doutrina italiana, sublinhando que se trata aqui de uma tarefa de interpretação de normas materiais à luz dos vários argumentos da interpretação jurídica – com destaque para o teleológico –, em atenção a um princípio da efectividade, tendo-se por legitimada a criação de critérios jurisprudenciais especiais de distribuição do ónus, em atenção às exigências específicas de cada sector da vida em relação (GIOVANNI VERDE, "Prova...", cit., pp. 631 e ss., apontando o carácter redutor de uma interpretação segundo o método positivista; SALVATORE PATTI, *Le prove*, cit., pp. 119 e ss.). Sejam-nos permitidos, porém, dois reparos, ambos atinentes à compreensão das tarefas de realização do Direito como ordenadas num *continuum*. O primeiro para salientar a importância que os momentos teleológicos têm, mesmo quando a distribuição do ónus da prova tem acolhimento no texto da lei – o que se ilustra pela discussão que rodeia ainda o âmbito de aplicação de uma norma como o art. 799.º, n.º 2, especificamente votada à resolução de um eventual *non liquet*. O segundo para salientar que, contraposto, de um lado, o sentido primeiro das normas materiais, que é o de dar resposta a determinada questão regulatória independente da questão probatória, a, de outro lado, o amalgamado de ponderação principiológica – onde pontificam também princípios de Direito probatório – desejavelmente ancorado em casos análogos tratados pela jurisprudência e pela doutrina, na base da qual é feita a distribuição do ónus, estaremos, muito mais recorrentemente do que o entende a doutrina alemã, perante o desenvolvimento jurisprudencial do Direito.

⁵² Assim, o BGH, no ac. de 18.06.2008, IV ZR 87/07, nm. 15, considerou que a cláusula que impunha ao aderente-tomador a prova de que o furto do velocípede tinha ocorrido entre as seis da manhã e as dez da noite não constituía um desfavorecimento desequilibrado daquele.

havido por constitutivo, não devendo, inversamente, o segurado ser onerado com a prova da não ocorrência de factos normalmente não associados a tal realização⁵³. Dentro da fronteira da *transparência e da previsibilidade da distribuição do ónus da prova* – a um nível secundário, portanto, poderão acrescer outros critérios próprios do Direito probatório, com especial destaque para o da dificuldade probatória ("Beweisnot") ou a existência de boas possibilidades de fazer prova⁵⁴.

Em suma, é inegável a bondade material de uma distribuição equilibrada do risco do *non liquet* pelas partes contratuais, perante os factos que compõem o recorte da cobertura, que nos impele, nesta, como noutras ordens jurídicas onde a dicotomia constitutivo-impeditivo não está sequer inscrita nos quadros gerais de pensamento, a procurar critérios para uma destrição que coloca, sem dúvida, dificuldades. É por as reconhecermos que nos parece, diga-se ainda, de saudar a decisão do legislador do RJCS de não diferenciar a delimitação do âmbito do risco coberto das exclusões e limitações de cobertura para efeitos de aplicação das normas que dão protecção ao segurado (arts. 18.º, b) e c), face aos deveres de informação do segurador, e 37.º, n.º 3-b), face às exigências especiais de transparência na redacção da apólice⁵⁵).

⁵³ Assim, PETRA POHLMANN, "Beweislast...", cit., p. 71; MARCEL FONTAINE, "Déchéances...", cit., pp. 59 e ss., apela ao critério da normalidade ou anormalidade da exclusão, por o considerar conforme à protecção das expectativas do segurado: haveria que as proteger face à verosimilhança da cobertura criada pelo reentrar do facto na delimitação primária do risco. Note-se que estamos aqui em face de um critério de normalidade pensado sobre o pano de fundo das expectativas geradas pela cobertura. Não se trata, pois, de um critério simplesmente reconduzível ao da prevalência estatística (em abstracto) do fenómeno face aos cenários de ocorrência do sinistro, mas sim de este verosimilmente acompanhar o sinistro – como dizemos em texto, tal está em consonância com o possibilitar ao segurado a pronta recolha de toda a prova necessária a fazer valer a sua pretensão. Assim, HANNS PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme...* cit., pp. 190 e ss. e sobretudo 206-207 (que Pohlmann aliás cita a este propósito) salienta, após rejeitar a valia geral dos critérios da probabilidade concreta (determinando a oneração da posição da parte correspondente a factos cuja ocorrência o juiz tivesse como menos provável no caso concreto) ou abstracta (suportando então o ónus da prova a versão correspondente a factos estatisticamente menos prováveis do que os invocados pelo adversário), que este pode ser utilizado como um *auxiliar na interpretação das normas*; mas que, então, não estaremos perante puros critérios probabilísticos, mas no campo dos juízos que interferem na "Auslegung und Rechtsgewinnung".

⁵⁴ Fincando-se neste último conjunto de argumentos com mais intensidade do que o fazemos em texto, JÜRGEN PRÖLSS, *Handbuch...* cit., pp. 167 e ss.; PETRA POHLMANN, "Beweislast...", cit., p. 71; GEORGES DURRY, "La distinction...", cit., p. 142, dá-nos também conta de que é frequentemente o critério da facilidade probatória o usado pela jurisprudência francesa para a distribuição.

⁵⁵ LUC MAYAUX, "Exclusions...", cit., p. 14098(4) considera que dar relevo a todas as cláusulas limitativas é contraproducente; é, de todo o modo, menos impertinente do que emprestar uma aparência de inofensividade, por contraste, a outras cláusulas tão ou mais limitativas... De todo o modo, o folhear dos clausulados contratuais sujeitos às normas nacionais patenteia que as cláusulas salientadas são identificáveis, não tendo tomado a totalidade dos clausulados. De resto, o comando que se impõe em geral é o da transparência, o que não tem, como vemos desde logo na criação de deveres de conduta legais, que implicar uma especificação das condutas. Assim, vg., Groutel *in*

Diga-se, a terminar, que a determinação do relevo probatório da invocação da violação de deveres de conduta por parte do segurado não comporta especiais dificuldades. Quando se trate de deveres a cumprir após a ocorrência do sinistro, é límpido que estamos perante factos modificativos ou extintivos do direito à prestação seguradora. O juízo não é substancialmente diverso quando se trate de deveres a cumprir previamente à ocorrência de sinistro. A conduta a adoptar situa-se temporalmente, é certo, antes do sinistro; mas trata-se de deveres perante o segurador, cuja *violação tem por consequência fazer surgir direitos na esfera do segurador*, cujos pressupostos se preenchem apenas com a ocorrência do sinistro. Haverá uma perda total ou parcial do direito na medida em que *o segurador faça uso dos direitos – maxime, à exoneração ou redução da prestação – que lhe advêm em caso de sinistro*. Assim, os factos que integram os direitos invocados pelo segurador não se confundem com pressupostos negativos do direito do segurado – seriam, pela doutrina nacional, qualificados como factos impeditivos⁵⁶.

§ 2. O sinistro como ponto de fuga do contrato: noção e função

Sejam-nos permitidas algumas precisões suplementares em torno da noção jurídica de sinistro, cujas concretizações mostram uma fluidez mais acentuada do que o recorte que acabámos de operar sugeriria.

Comecemos, antes de mais, por salientar, como resulta do que dissemos, que o sinistro corresponde, no domínio da autonomia privada em que nos movemos, ao recorte que dele for feito na apólice. É por interpretação dos termos desta que se descortina qual o evento que funda aquele dever de prestar. Porém, tal determinação

HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 266-268, criticar a extrema rigidez com que a Cassação aplica o parâmetro da formalidade e limitação das cláusulas de exclusão – inibindo cláusulas que se reportem a conceitos indeterminados e cláusulas gerais, jurídicas ou práticas e a elencos enunciativos –, já que há toda uma série de custos de prevenção a que os segurados assim se furtam, alijando os riscos correspondentes por sobre o segurador. E também GEORGES DURRY, "La distinction...", cit., pp. 139-140, salienta que o que releva para a efectiva protecção do segurador é a clareza, face às cláusulas limitativas dos direitos dos segurados, qualquer que seja a sua natureza jurídica.

⁵⁶ Para a qualificação como impeditivos de factos cuja *facti species* se preenche ou antes ou durante o preenchimento do *Tatbestand* constitutivo, conferindo o direito de pôr em causa a posição jurídica constituída, MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Noções...* cit., p. 131; FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA/MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Código Civil Anotado, Volume I (Artigos 1.º a 761.º)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 305. Trata-se, parece-nos, de factos que a doutrina germânica qualificaria como excludentes, não havendo entre nós categoria equivalente.

interpretativa do que se deva entender que preenche o sinistro recortado é uma tarefa prático-normativa: exige uma compreensão do sentido prático-jurídico do contrato, e especialmente dos efeitos prático-jurídicos associados à ocorrência do sinistro. Assim, na compreensão do sinistro no programa contratual posto em marcha, poder-se-á discernir qual o sentido compreendido pelo declaratório normalmente diligente, e articular o contrato com as normas imperativas e supletivas que ele convoque.

Urge, como tal, descortinar a função do conceito de sinistro na economia do contrato de seguro. Para o fazer, não podemos esquecer a dupla face desta realidade: o sinistro é previsão normativa e é também efectivação.

Na face de previsão, o sinistro serve sobretudo o recorte dos eventos lesivos de um determinado interesse seguro que fundam o dever de prestar do segurador⁵⁷. O sinistro é, pois, atinente ao risco primário recortado pelo contrato. Como tal, a afirmação de que se trata aqui do evento que determina o dever de prestar do segurador deve ser tomada *cum grano salis*: para lá do recorte do risco primário, actuam as excepções à cobertura – as exclusões secundárias do risco –, que poderão, exactamente, levar à negação de tal dever de pagar⁵⁸.

Um evento lesivo de um determinado interesse distingue-se, em abstracto, das respectivas consequências, distinguindo-se, como tal, o sinistro das respectivas consequências. O recorte contratual ou legal do sinistro atinente a determinado seguro ou tipo de seguro pode, porém, integrar as consequências do evento na própria noção de sinistro⁵⁹.

⁵⁷ Nos termos do art. 99.º do RJCS, o sinistro corresponde à verificação, total ou parcial, do evento que desencadeia a cobertura do risco previsto no contrato. A formulação usada em texto acompanha em grande medida a de ERNST BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, cit., p. 628: "der Versicherungsfall ist das Ereignis mit dessen Eintritt die Leistungspflicht des Versicherers an und für sich begründet ist". Esta é ainda a formulação corrente na doutrina alemã, servindo a clarificação de que a ocorrência do sinistro é condição necessária da constituição da obrigação do segurador, mas pode não ser suficiente para tal, quando se imponha ainda a verificação de certas circunstâncias determinadas pelo sinistro (cfr. JÜRGEN PRÖLSS, § 1, cit., nm. 103). Sobre o conceito, veja-se, na doutrina portuguesa, por todos, MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...* cit., pp. 94 e ss., 119 e 648-649.

⁵⁸ Cfr. DIRK LOOSCHELDERS, "VVG § 81 Herbeiführung des Versicherungsfalles", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 26.02.2011), nm. 32; EGON LORENZ, "Zur quotalen Kürzung der Leistungspflicht des Versicherers bei grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles durch den Versicherungsnehmer", in *Medizin und Haftung, Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag*, HANS-JÜRGEN AHRENS/CHRISTIAN VON BAR/GERFRIED FISCHER/ANDREAS SPICKHOFF/JOCHEN TAUPITZ (coord.), Springer, Berlim/Heidelberga, 2009, pp. 855-868, p. 859.

⁵⁹ Assim, quanto a estes pontos, com referências, DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 1...* cit., nm. 32.

Por outro lado, notamos que este é a referência de normas que valoram certas condutas a cargo do tomador, segurado ou beneficiário: exactamente a causação dolosa, a participação do sinistro e prestação das informações relevantes, a prevenção e limitação dos danos em caso de sinistro. Fica, pois, a questão de saber *se essas várias previsões normativas relevam como sinistro sempre a mesma realidade, e se esta tem também que coincidir com a relevada por outras normas.*

O regime da causação dolosa refere-se directamente ao evento que é o sinistro. Contudo, já o dever de salvamento, referindo-se à evitação e contenção dos danos (*rectius*, das consequências do sinistro), pressupondo um sinistro, transcende a pura referência a este último – assim, vg., uma coisa é o incêndio em si, outra é a propriedade por ele destruída; uma coisa é a doença coberta e comprovada, outra é a invalidez que dela vem a resultar. O mesmo se diga do dever de prestação das informações relevantes em conexão com o sinistro: estas articulam-se com as operações de regularização do sinistro, reportando-se às causas, como às consequências do mesmo. O dever de participação do sinistro reporta-se, claro está, a tal evento; mas, como acabamos de ver, não assenta sobre ele exclusivamente o peso de dotar o segurador de todas as informações necessárias à liquidação da obrigação.

Acresce que, em certas figuras pacificamente qualificadas como seguros, o sinistro assenta directamente num acto de vontade do segurado. Pense-se nos ditos seguros de despesas – vg., num seguro de protecção jurídica ou num seguro de saúde; ou, recorrendo a exemplos mais flagrantes ainda, nos seguros em que o sinistro, para além de marcado por esta relativa potestatividade, consubstancia um evento desejado pelo segurado, como acontece nos seguros nupciais e de natalidade. Ora, nestes casos, não se pode pensar a não causação dolosa do mesmo modo como esta é concebida face ao exemplo de um seguro clássico, em que o risco ameaça um interesse sobre uma coisa – por exemplo, a um seguro de incêndios. Se num seguro de incêndios se prefigura de um modo relativamente claro que se bloqueia desde logo a pretensão do segurado que intencionalmente atea fogo ao bem em causa, independentemente de o ter feito para receber a prestação do segurador – vg., deitou fogo a um celeiro para libertar aquele espaço da propriedade –, tal não pode ser transposto linearmente para um seguro em que todo o sinistro é, pelo menos em parte, descrito por um acto intencional – vg., o contrair de matrimónio, o ter um filho, o recorrer a serviços médicos ou jurídicos. Tratando-se ou não de um evento

em si desejado pelo sujeito, é certo que o segurador tem que contar com a influência da vontade sobre a produção do sinistro. O mesmo se diga face a seguros atinentes a eventos que, não sendo directamente comandáveis pela vontade, são eventos desejados e de algum modo influenciáveis pela vontade do sujeito, como é o caso do seguro de vida em caso de vida.

Pense-se ainda na convivência entre os deveres de salvamento e os seguros de despesas, prosseguindo a comparação com o exemplo clássico do seguro de incêndios. Se neste último se prefigura com alguma clareza que o dever de salvamento impõe a contenção das consequências do incêndio – chamando os bombeiros, procurando arredar fontes de propagação do fogo,... –, nos seguros de despesas não resulta tão escorreito o que se deva entender por contenção das consequências do sinistro – poder-se-á, por exemplo, considerar que há um dever de não realizar despesas desnecessárias ou sumptuárias, e, havendo, que este dever materializa o dever de salvamento nesta sede? Ou será que aqui este dever compreende o de acatar as prescrições médicas, para não agravar a doença e, assim, os cuidados e gastos necessários? Mas, neste caso, a ser o sinistro identificado com a despesa, teríamos um acto de contenção das consequências do sinistro... anteposto à sua consumação.

Questionam igualmente a aplicação linear do regime dos deveres concernentes ao sinistro os seguros atinentes a eventos que, por definição, escapam, na sua produção, ao controlo do segurado: vg., um seguro contra roubo ou furto, um seguro "multi-riscos habitação", ou de "riscos de engenharia" que cubra riscos atinentes a fenómenos naturais, como sismos, vendavais e cheias. Salvo no caso extremo de haver simulação fraudulenta da própria ocorrência do sinistro, aqui a hipótese de o segurado provocar o sinistro não poderá ser equacionada enquanto produção directa do evento seguro, mas apenas enquanto sua propiciação, por exposição deliberada do bem do segurado a um risco por ele não criado. E facilmente se descortinam também exemplos em que o dever de salvamento, *na vertente de dever de evitar as consequências do dano*, não logra ter qualquer aplicação – pense-se, por exemplo, no seguro contra furto: sendo aqui a subtracção da coisa operada sem violência, esta ocorre tipicamente sem que a vítima dela se aperceba (equacionam-se já com presteza exemplos atinentes à vertente de mitigação – pense-se na participação do furto às autoridades).

Pretendemos, com este excursão, deixar claro o seguinte: não cabe a estas

exigências de conduta reportadas a um sinistro delimitar o tipo de eventos qualificáveis como sinistros⁶⁰. A tutela dos interesses potencialmente afectáveis por eventos incertos não pode ficar refém da sua compatibilidade literal com os regimes legais de exigências de conduta ligadas ao risco. Como veremos ao longo deste trabalho, o conceito de "sinistro" não se compadece com uma abordagem fixista: haverá que, a partir dos dados contratuais, projectar o conceito na função práctico-normativa que lhe é atribuída no contexto da regulação que o convoca, para cumpridamente concretizar o seu sentido⁶¹.

Vejamos, agora quais as consequências espoletadas pela qualificação de um evento como sinistro.

A ocorrência de um evento como tal qualificado funda, como vimos, a constituição da obrigação do segurador; não abre, porém, ainda portas à sua exigibilidade – o que vale por dizer que não basta ainda ao seu vencimento. À luz do RJCS, o seu vencimento exige ainda a confirmação, pelo segurador da

⁶⁰ É, pois, de enjeitar a metodologia seguida por TIBOR S. PATAKI, "Der Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung – Grenzen eines Definitionsversuches am Beispiel der "Claims-made"-Theorie", in *Liber discipulorum für Gerrit Winter*, GUNNE W. BÄHR/HUBERTUS W. LABES/TIBOR S. PATAKI (coord.), Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2002, pp. 229-239, pp. 234-238, que encontrava exactamente na incompatibilidade entre um sinistro de responsabilidade civil recortado pela cláusula "claims-made" e o dever de salvamento e direito ao reembolso das despesas correspondentes previstos nos §§ 62 e 63 da VVG a.F. um argumento para afirmar a incompatibilidade entre tal configuração do sinistro e o Direito dos seguros alemão. Como vemos em texto, estas exigências de conduta não incidem sempre de modo homogêneo sobre os contratos de seguro, até porque geralmente corporizam o que decorreria da projecção da boa fé nas circunstâncias concretas. Podem, aliás, prefigurar-se concretizações do dever de mitigação do dano em relação a um seguro "claims-made" – pelo menos, para quem defenda que o dever de não agravar substantiva ou processualmente a posição do segurador (art. 146.º, n.º 6, do RJCS), o pode integrar –; e o segurador poderá sempre inserir no contrato deveres de prevenção que se reportem ao momento da causação do dano. De resto, o dever de salvamento, mesmo face a tipos de contrato em que seja de aplicação linear, não tem sequer de estar presente, podendo o segurador, por exemplo, avocar a si todas as operações conexas com a evitação e mitigação do dano, ou mesmo, quando tal excepcionalmente não causar a perturbação da ordem pública, abdicar dele. Tal é, de resto, compatível com o carácter semi-imperativo que tanto o dito § 62, como o seu sucessor § 82, detêm (respectivamente, § 68a e § 87), e que é também o do nosso art. 126.º, por força do art. 13.º, n.º 1. Cfr. ainda, em termos gerais, afirmando que a referência geral ao "Versicherungsfall" não tem a função de determinar o momento específico da prestação atinente ao dever de salvamento, DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 1...* cit., nm. 39; afirmando que é necessário atender à finalidade respectiva das disposições que utilizam o conceito, JÜRGEN PRÖLSS, § 1, cit., nm. 107. É ainda o mesmo entendimento que subjaz também às palavras de MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., pp. 438-439, quando este assinala, a propósito dos seguros de responsabilidade e face à pluralidade de consequências jurídicas associadas à verificação do sinistro – aferição da subsistência de risco quando o contrato é celebrado, surgimento de deveres de conduta do segurado e do dever de prestar do segurador... –, que, em relação a cada norma, o termo "sinistro" valerá num sentido diverso, sendo atinente a diferentes fases da realização efectiva do fenómeno.

⁶¹ BRITTA HANNEMANN, *Neubegründung der Lehre vom gedehnten Versicherungsfall*, VVW, Karlsruhe, 1996, pp. 71 e ss. e 158-159, militando por uma abordagem diferenciada e denunciando o conceptualismo de outras soluções.

ocorrência dos pressupostos do seu dever de prestar – da ocorrência do sinistro, das suas causas e circunstâncias –, bem como do montante (*rectius*, objecto) de tal prestação – como será o caso nos seguros de puro carácter indemnizatório. À data do apuramento de tais factos acrescem ainda 30 dias⁶². Trata-se de regra semi-imperativa, que vale, à partida, quer o segurador esteja obrigado ao pagamento de prestações em dinheiro, quer em espécie – devendo salientar-se que esta regra se revelará frequentemente desadequada face às prestações em espécie⁶³.

⁶² Nos termos do art. 102.º do RJCS, o segurador obriga-se a satisfazer a obrigação contratual após a confirmação da ocorrência do sinistro e das suas causas, circunstâncias e consequências (n.º 1), podendo tal requerer a prévia quantificação das consequências do sinistro (n.º 2). Pareceria, pois, que o momento do vencimento da obrigação de prestar se fazia assim coincidir com o momento em que a prestação do segurador se tornasse líquida. Porém, o art. 104.º estabelece ainda que a obrigação do segurador apenas se estabelece decorridos 30 dias do apuramento daqueles factos. Não se fixa, pois, qualquer prazo máximo para que o segurador dê por concluído o apuramento da ocorrência do sinistro e das suas causas – a sua determinação é entregue ao segurador –, tão-pouco se estabelecendo qualquer expediente para garantir ao segurado um pagamento antecipado de montantes por conta da prestação devida. E concede-se ao segurador ainda um prazo suplementar de trinta dias antes de dar a obrigação por vencida. O legislador nacional apartou-se aqui da regra vigente, na Espanha ou na Alemanha, que fazem simplesmente o vencimento da obrigação coincidir com o término das investigações do segurador necessárias à verificação do sinistro e apuramento do montante dos danos (cfr. § 14, I, da VVG; ou art. 18.º, n.º 1, 1.ª frase, da LCS; os PEDCS concedem ao segurador apenas uma semana contada da aceitação e regularização do sinistro ou de parte dele, nos termos do art. 6:104, n.º 3); e mais distante está o RJCS da regra geral francesa, que determina que o segurador deva prestar na sequência da ocorrência do sinistro (L. 113-5 Cod. Ass.) No seu conjunto trata-se, ademais, de uma regra estabelecida ao arpejo da actual tendência de protecção dos segurados face aos frequentes atrasos dos seguradores na realização da prestação devida, que estabelecem o direito do segurado a perceber pagamentos por conta da prestação ainda não totalmente liquidada (§ 14, II, da VVG; art. 18.º, n.º 1, 2.ª frase, da LCS; 6:104, n.º 2, dos PEDCS), decorrido um certo prazo contado da cabal comunicação do sinistro e circunstâncias relevantes, e/ou, não raro, juros de mora de carácter punitivo para os atrasos que se verificarem (art. 6:105 dos PEDCS). Note-se que tal prazo não era, por exemplo, estabelecido no Projecto de Menezes Cordeiro (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "A reforma do direito material dos seguros: o anteprojecto de 1999", *RFDL*, 2001, pp. 481-531, pp. 502-503), onde, se bem o interpretamos, se determinava, nos termos do art. 79.º, que a obrigação do segurador se vencia logo que o montante da correspondente prestação se tornasse líquido (uma vez confirmados, portanto, o sinistro e a sua extensão – art. 77.º, n.º 1), dispensando-se a interpelação caso o sinistro tivesse sido comunicado e tivessem sido prestadas as demais informações exigíveis (art. 80.º, n.º 1). Os juros devidos em caso de mora correspondiam, salvo prova de danos superiores, ao que resultasse da aplicação de um acréscimo de 3% à taxa legal (art. 80.º, n.º 2). E acrescenta-se, por último, que o Direito inglês poderá vir a conhecer nesta sede também alterações, encontrando-se em discussão a introdução de novas normas no *Insurance Act*, que impõem ao segurador o dever de proceder ao pagamento em prazo razoável (veja-se a secção 20 do projecto de *Enterprise Bill*, em <http://services.parliament.uk/bills/2015-16/enterprise.html>).

⁶³ À face da VVG, a regra paralela apenas vale para as obrigações de prestação de dinheiro por parte do segurador; para as obrigações de prestação em espécie, valem as regras gerais do BGB – cfr. ALEMANHA, *VVG-RegE*, cit., p. 63. Aplica-se aqui o § 271, I, do BGB, correspondente ao nosso art. 777.º, n.º 1, do CC. Destas resulta que, uma vez constituída a obrigação por ocorrência do sinistro, esta vence-se por interpelação do credor, uma vez que se verificarem os respectivos factos constitutivos – THOMAS FAUSTEN, "VVG § 14 Fälligkeit der Geldleistung", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 26.11.2013), nm. 10; já assim, face à menos densa regra que viria a constar da versão inicial do § 11 da VVG, a. F., ALEMANHA, "Begründungen zu den Gesetzentwürfen", in *Motive zum Versicherungsvertragsgesetz*, Bundesaufsichtsamt für das

Num segundo passo, diga-se que, determinando a constituição da obrigação de prestar do segurador, o sinistro deve identificar os eventos cuja verificação recai ainda no âmbito temporal da cobertura contratada: apenas os sinistros ocorridos durante a duração material do contrato – i.e., durante o período em que dura o estado de vinculação do segurador – são cobertos⁶⁴. Ora, as consequências de um sinistro coberto que ocorram para lá desta duração material reentram ainda no sinistro coberto, formando com ele uma unidade. Diferentemente, o sinistro recortado no contrato que ocorra para lá do término material do contrato, ainda que seja consequência directa de um facto ocorrido antes de tal término, não será coberto⁶⁵⁻⁶⁶.

Versicherungs- und Bausparwesen, Berlin, 1963, pp. 59-266, p. 86, considerava resultar dos princípios gerais que o tomador poderia exigir o cumprimento ao segurador uma vez ocorrido o sinistro.

⁶⁴ A duração material do contrato de seguro, que o RJCS designa por período de "cobertura do risco" (art. 42.º) corresponde ao período de suportação do risco, podendo não coincidir com a duração formal do contrato, por sua vez correspondente ao período que se inicia com a conclusão do contrato e termina com a sua extinção. Assim, cessando a duração material do contrato por ter havido realização total do risco – e assim ter cessado a respectiva suportação –, prolonga-se porém a duração formal do contrato até ao término da regularização do sinistro. Ambas as figuras se distinguem da duração técnica do sinistro, correspondente ao período durante o qual é devido o prémio. Por exemplo, embora o início da cobertura tenda a coincidir com o pagamento do primeiro prémio, aquela começa antes no caso de cobertura de riscos anteriores à data de celebração do contrato. Cfr., a este respeito, ERNST BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, cit., p. 230 e HANS MÖLLER, *Versicherungsvertragsrecht*, Betriebswirtschaftlicher Verlag Dr. Th. Gabler, Wiesbaden, 1977, pp. 82.

⁶⁵ ERNST BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, cit., pp. 629-630; quanto ao que diremos de seguida, p. 240. Uma excepção a este respeito verificava-se no prolongamento da responsabilidade previsto a propósito do seguro de animais, em face do qual, a morte (sinistro) verificada dentro das duas semanas subsequentes ao final da relação jurídica de seguro era ainda coberta, desde que consequente a um acidente ou doença iniciados ainda na vigência da relação (§ 127 VVG, a. F.).

⁶⁶ É muito especialmente a este propósito que se tem debatido o recorte de sinistros relativos a eventos cujas consequências efectivamente lesivas podem distar muito da respectiva causação – referimo-nos em especial aos seguros de responsabilidade, onde o sinistro surge em alternativa recortado por referência ao momento do facto gerador de responsabilidade ("action committed basis"), por referência ao momento da manifestação do dano na esfera do lesado ("loss occurrence basis"), passando mais recentemente, por influência anglófona, a surgir associado ao momento em que é feita valer uma pretensão contra o segurado (trata-se da dita cláusula "claims-made") – cfr. TIBOR S. PATAKI, "Der Versicherungsfall...", cit., pp. 230-234. O art. 139.º, n.º 1, do RJCS adopta por regra supletiva a referência ao facto gerador de responsabilidade, referindo porém expressamente a possibilidade das três alternativas no n.º 2. Basta pensar na casuística associada à responsabilidade civil do produtor por produtos defeituosos para lembrar o quanto, além de na sua individual definição se mostrarem controvertidos, estes três momentos podem distar entre si, apesar de atinentes ao mesmo dever de indemnizar. Assim, um contrato que se refira ao momento do facto gerador de responsabilidade cobrirá os danos atinentes à pretensão que se levante no futuro, mas não os decorrentes de factos ocorridos antes do início do período de cobertura. Diferentemente, um contrato regido pela cláusula "claims made" parte de uma lógica cumulativa: cobriria os danos derivados de factos praticados durante o período de cobertura que dessem lugar a reclamações ocorridas nesse mesmo período. O acanhamento da protecção assim conferida foi alvo de polémica nos países da Europa continental em que a cláusula foi sendo introduzida, erguendo-se várias vozes no sentido da sua abusividade (ABEL VEIGA COPO, "La temporalidad en el contrato de seguro. Riesgo y siniestro: una ecuación interesadamente compleja", *RES*, 142, 2010, pp. 261-302, *passim*, mas por exemplo pp.

Conexo com este está outro potencial efeito do sinistro: caso este corresponda a uma verificação total do risco coberto – por outras palavras, à verificação do risco de tal modo que deixa de ser possível a sua nova verificação, como ocorre nos casos de incêndio que destrua totalmente a coisa sobre a qual incidia o interesse, ou de acidente que provoque a morte, ou de superação com vida da idade a que estava ligado um seguro de sobrevivência –, a sua verificação produz a extinção da duração material do seguro. Já a duração formal apenas se extinguirá com a liquidação e cumprimento da obrigação do segurador. Há seguros cujo risco tipicamente apenas é possível de realização total – caso, vg., dos seguros de vida em caso de morte ou em caso de vida. Nos restantes, tudo depende dos termos do contrato; no entanto, em abstracto, estes podem comportar vários sinistros na sua vigência⁶⁷.

Descortinada a noção geral de sinistro, bem como a sua função, também geral, na economia do contrato, estamos em condições de analisar a questão do recorte do sinistro em concreto, face ao risco em causa. Ora, o recorte do sinistro integra a configuração, pelas partes, dos termos da transferência do risco: é delimitado livremente pelas partes no contrato, assentando na autonomia privada. Não é, pois, de estranhar que o seu recorte conheça um grande polimorfismo: o sinistro pode identificar um evento proveniente da esfera do segurado ou pessoa segura ou de fora dela; pode corresponder a uma mera probabilidade ou presunção de consequências desvantajosas, ou identificar-se com o início destas. E pode ainda ter diferentes atinências temporais: pode ser um evento instantâneo ou um evento que se prolonga no tempo⁶⁸; neste último caso, pode compor-se de um só acto, de produção

269 e 273-282) – polémicas que os n.ºs 2 e 3 do art. 139.º do RJCS visaram silenciar.

⁶⁷ HANS MÖLLER, *Versicherungsvertragsrecht*, cit., pp. 194-195.

⁶⁸ O termo "gedehnter Versicherungsfall" é usado pela doutrina tradicional (HANS MÖLLER, *Versicherungsvertragsrecht*, cit., p. 194) simplesmente para descrever os casos em que o estado criado pela ocorrência do sinistro se estende por período de tempo relativamente longo. Diferentemente, a jurisprudência alemã, alinhada com certa doutrina (BRITTA HANNEMANN, *Neubegründung...* cit., pp. 56-58; JÜRGEN PRÖLSS, § 1, cit., nm. 104; DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 1...* cit., nm. 35), considera a este propósito que apenas estamos perante um sinistro distendido no tempo quando essa distensão for determinante da medida da prestação do segurador. Os fenómenos perspectivados por uma ou outra das análises são úteis à correcta aplicação das normas jurídicas – veremos que, em sede de seguro de acidentes, é importante olhar o próprio processo da produção do dano, em atenção à característica da subitaneidade do acidente; e que o facto de o prolongamento no tempo afectar o dever de prestar do segurador depõe no sentido da referência do dever de salvamento à totalidade do processo causal. Assim, a propósito do seguro de acidentes, KENT LEVERENZ, "§ 178", in *Bruck/Möller, IX*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/KATHARINA JOHANNSEN/RALF JOHANNSEN (coord.), *De Gruyter*, Berlim/Nova Iorque, 2010, pp. 58-162, p. 67,

continuada, ou de vários actos ou fases (sendo atinente a um *risque composite*⁶⁹); e a produção das suas consequências pode também, ela própria, prolongar-se no tempo.

Assentando na autonomia privada, este recorte não pode já porém desligar-se da função do seguro – do seu sentido de transferência de um risco que ameaça um interesse. Por um lado, sendo a concretização desse risco, determinante da prestação do segurador a que o contrato se encontra colimado, o sinistro deve consubstanciar um evento que consubstancie ou permita, em si, presumir a lesão de um interesse concreto de um sujeito⁷⁰. Por outro, e com um relevo prático mais acentuado, tratando-se aqui de balizar os termos da constituição da obrigação do segurador, não poderá tal delimitação retirar ao contrato a sua utilidade prática face ao tipo de risco em causa, defraudando as expectativas do segurado⁷¹. Esta questão coloca-se logo a propósito da delimitação material da cobertura; mas também marcadamente a propósito da delimitação temporal, face ao modo de recorte do sinistro atinente a eventos lesivos compósitos e integrados por processos causais distendidos no tempo; e foi especialmente debatida a propósito dos seguros de responsabilidade.

distingue entre a distensão do próprio evento accidental, operando durante um período relativamente longo de tempo – "gedehnter Unfall", configurando um "mehraktiges Unfallereignis" quando se componha de vários factos – e a distensão no tempo das consequências do evento accidental, essas, sim, determinantes da prestação do segurador.

⁶⁹ BERNARD DUBUISSON, "Risque et sinistre en assurance protection juridique", in *Aspects particuliers de l'assurance protection juridique*, PHILIPPE COLLE/JEAN-LUC FAGNART (coord.), Maklu/Bruylant, Antuérpia/Bruxelas, pp. 33-61, p. 44.

⁷⁰ Por isso, um instrumento financeiro que se limite a pagar ao segurado determinados montantes em caso de afastamento das variáveis climáticas relativamente a certos parâmetros não merecerá a qualificação de seguro, já que tal afastamento não é apto a provocar, só por si, qualquer lesão num concreto interesse do segurado. Tal vale, face aos dados que pudemos consultar, face aos seguros baseado em índices paramétricos, nos quais "os prejuízos resultantes de fenómenos meteorológicos extremos são compensados quando um índice meteorológico predeterminado se desvia da sua média histórica, independentemente dos prejuízos efectivamente sofridos" COMISSÃO EUROPEIA, *Livro verde sobre os seguros contra catástrofes naturais ou de origem humana*, COM(2013) 213 final, 2013, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0213&from=EN> (consultado pela última vez a 6.11.2014), p. 11.

⁷¹ JÜRGEN PRÖLSS, § 1, cit., nm. 109, referindo-se aos casos de construção de um sinistro por referência a determinadas causas do evento lesivo, quando este é em si referente razoável bastante, sem a referência a essas causas, para a delimitação da cobertura (vg., limitação da cobertura dos danos causados por incêndio apenas às situações em que este proceda de certas causas); ou à exigência de que uma cadeia de causas e consequências ocorram durante a vigência material do seguro. Em especial, em relação ao recorte do seguro de acidentes, HEINRICH DÖRNER, "VVG § 178 Leistung des Versicherers", *MüKo VVG, II*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2011, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 14.01.2015), nm. 3 e 50, salientando que, de acordo com a jurisprudência do BGH, também as descrições contratuais do risco seguro estão sujeitas ao controlo atinente às cláusulas contratuais gerais, devendo ser tidas por ilegítimas na medida em que limitem, alterem ou formulem a promessa de prestação principal de um tal modo que se tornem incompatíveis com as expectativas legítimas do tomador.

Ora, se o sinistro se definir por referência a vários dos eventos integrantes da cadeia causal, terão estes, numa lógica linear, que se produzir todos durante o período de cobertura, sob pena de se ter o sinistro por ocorrido fora dos seus limites. A preocupação de garantia de um conteúdo útil do contrato barra porém, uma delimitação temporal da cobertura que possa gerar a desnaturalização do contrato – e pode, assim, obstar a um recorte do sinistro que facilmente coloque um evento danoso daquele tipo fora dos confins da cobertura.

Num outro plano, o sinistro é por vezes recortado pela lei em relação a cada tipo de contrato de seguro, encabeçando o respectivo regime legal. Concretizando o risco que concretamente se transfere, impõe-se também a determinação do seu alcance para descortinar o ponto de referência do regime legal, e assim aferir da sua analogia prático-normativa face ao contrato concreto.

II. Valoração da actuação sobre o risco na execução contratual: apresentação e sentido geral dos regimes

II. 1. Os regimes previstos no RJCS: visão panorâmica e localização

§1 Os riscos associados à conduta do segurado: mapeamento de uma tendência evolutiva e localização dos regimes vigentes em Portugal

A regulação legal das condutas ligadas ao risco não se faz sempre do mesmo modo.

Numa primeira fase, em que a regulação tem por referente essencialmente o seguro marítimo, esta mostra-se severa⁷². Entendia-se que o seguro cobria apenas a fortuna de mar, compreendida de modo estrito como atinente ao risco provocado por caso fortuito ou pelos acidentes naturais, e nunca por facto – negligente ou não – do segurado⁷³. Desde logo, porque o contexto da emancipação dogmática do seguro levava à necessidade de afirmar a sua utilidade social e conformidade moral,

⁷² Veja-se a parte IV.1 §2 A, sobre causação dolosa. Sobre a proeminência dos seguros marítimos nas primeiras manifestações de regulação legal do contrato, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos seguros*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 63-67. Entre nós, o Código Ferreira Borges conteve a primeira regulação do contrato de seguro – regendo-o em geral, mas polarizando-se, também ele, no seguro marítimo. O contrato, que não fora já objecto das poucas disposições que as Ordenações Filipinas dedicavam à matéria mercantil (A. H. OLIVEIRA MARQUES, *Para a história dos seguros em Portugal, Notas e documentos*, Arcádia, Lisboa, , p. 99), encontrava-se, à luz da Lei da Boa Razão, tal como os demais contratos mercantis, sujeito, na falta de regulação específica, às leis das nações "cristãs, iluminadas e polidas". Na prática, o Direito vigente em matéria de contrato de seguro antes do primeiro Código Comercial era o decorrente dos usos e dos contratos (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito...* cit., p. 91, citando Borges Carneiro). Sobre a evolução de que damos conta em texto, ALONSO SOTO, *El seguro...* cit., pp. 94 e ss.

⁷³ Vale então o brocardo referido em Scaccia: *Si casus evenit culpa assicurati, non tenentur assecuratores*. (cit. ap. ÉMÉRIGON/P. S. BOULAY-PATY, *Traité des assurances et des contrats à la grosse D'Émérigon*, Chez Molliex/Chez Charles-Béchet, Rennes/Paris, 1827, p. 363). PEDRO DE SANTARÉM, *Tratado muito útil e quotidiano dos seguros e promessas dos mercadores, publicado pelo jurisconsulto português, Doutor Pedro de Santarém*, Instituto de Seguros de Portugal, Lisboa, 2006 (trad. do original *Tractatus de assecurationibus et sponsionibus*, por MIGUEL PINTO MENEZES), p. 33, referindo-se à estipulação para os casos de "fortuna adversa", reconduz esta ideia ao princípio de que o dano ficava a cargo do segurador quando fosse atinente a caso fortuito, sendo este recortado como o evento de coisa inesperada, não se podendo, "por um esforço de diligência", "prover e precaver a essa coisa". Ou seja, não ocorria caso fortuito quando o caso, ainda que imprevisível, se pudesse prudentemente ter evitado – estando, pois, excluído o dano causado por negligência do segurado (cfr. especialmente pp. 96-97, invocando o autor em sua fundamentação a Lei 2, § *Eo tempore*, do título *De administratione rerum ad civitates pertinentibus*, do Digesto, cuja Glosa estabelecia uma diferença entre caso imprevisível e caso fortuito, considerando imprevisível "o caso que costuma acontecer aos imprudentes para seu bem e para seu mal"). Também as apólices de seguro marítimo de Antuérpia e de Hamburgo de 1591, 1617 e 1623 e anos seguintes, referidas em ERNST FRAMHEIN JR., *Die Herbeiführung des Versicherungsfalles*, E. S. Mittler & Sohn, Berlim, 1927, pp. 7-8, previam que o segurador suportaria "alle Perykel der See... und alle andere Fortuynen".

que impunha que o sinistro surgisse referido apenas a situações de caso fortuito ou força maior. Acrescia a razão pragmática de se temer já actuações levianas ou dolosas por parte do segurado. Com efeito, a fraude, já de si favorecida pelas dificuldades de controlo e prova da actuação dos sujeitos em alto mar, bem como pelo carácter informal das apólices, atingiu proporções inusitadas com o estabelecimento da exploração das rotas comerciais marítimas de longo curso⁷⁴.

Este juízo prolonga-se nos diplomas do séc. XVII, tendo com grande destaque sido plasmado na *Ordonnance de la Mer francesa*, de 1681, a exclusão imperativa da cobertura de sinistro procedente de facto ou culpa do segurado. Para os comentadores da época, é havido como imoral o alijamento das consequências da própria culpa sobre outrem, já que tal convidaria a delinquir. Cita-se ainda a propósito a máxima do Digesto *nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur*, interpretada no sentido de não poder ser excluída a responsabilidade por culpa⁷⁵. Compreende-se, pois, que o seguro surja definido por POTHIER como o contrato pelo qual o segurador toma a seu cargo o *risco de caso fortuito*⁷⁶.

A partir do séc. XIX, com a aquisição de protagonismo pelo seguro terrestre, tal visão rígida viria a ser desafiada pelas necessidades da prática e, na sua sequência, pela letra dos Códigos⁷⁷. Do lado da prática, a difusão dos *seguros de incêndios*⁷⁸ e de *responsabilidade civil*⁷⁹ virá, mais do que afirmar a possibilidade

⁷⁴ EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, "Os seguros marítimos nas rotas portuguesas do ultramar, uma perspectiva histórico-jurídica", *RFDUL*, 1998, pp. 269-270, dá conta da desusada frequência de naufrágios com fins especulativos, no contexto da exploração do comércio cada vez mais importante das rotas marítimas de longo curso durante o início do séc. XVI – tendo levado à imposição de regras legais rígidas na restante Península Hispânica. A fraude era potenciada pela falta de formalismo e publicidade das apólices, levando à contratação de seguros múltiplos e a que "muitas mercadorias embarcadas em Lisboa para serem negociadas em África, nas Ilhas e nas Índias [fossem] deitadas ao mar por ordem dos proprietários segurados, pois era maior o lucro desta forma conseguido, que se fossem elas transaccionadas depois de chegar ao porto de destino". É de ainda atentar ainda nas eloquentes palavras do autor anónimo das "Lições do Comércio", cit. ap. A. H. OLIVEIRA MARQUES, *Para a história...* cit., esp. p. 134, "notando-se que, no caso de contendas judiciais, a Lei em circunstâncias iguais dá sempre preferência aos seguradores, pela poderosa razão que eles estão continuamente expostos a ser enganados, sem que possam jamais enganar" (realçados nossos).

⁷⁵ ROBERT JOSEPH POTHIER, "Traité du contrat d'assurance", in *Oeuvres de R.-J. Pothier, Les traités du Droit français, III*, M. DUPIN (coord.), J. P. Jonker, Ode et Wodon, K. Tarlier/ Frères Diederichs, Bruxelas/Amesterdão, 1830, pp. 235-281, p. 250; ÉMÉRIGON/P. S. BOULAY-PATY, *Traité...* cit., pp. 363-364. Tal interpretação laborava em erro, já que o excerto citado apenas se reporta à responsabilidade dolosa – ALONSO SOTO, *El seguro...* cit., p. 150.

⁷⁶ ROBERT JOSEPH POTHIER, "Assurance", cit., pp. 236 e 245.

⁷⁷ ALONSO SOTO, *El seguro...* cit., pp. 124 e ss.

⁷⁸ Cfr. ERNST FRAMHEIN JR., *Die Herbeiführung...* cit., p. 11, referindo exactamente o papel central do seguro de incêndios nesta mudança de paradigma; HANS MÖLLER, "§ 61", cit., p. 515.

⁷⁹ Sobre o desenvolvimento destes últimos, ALONSO SOTO, *El seguro...* cit., pp. 150 e ss.

da cobertura de factos culposos do segurado, afirmá-la como *necessária à utilidade da cobertura*. Do lado das iniciativas de Codificação, marca-se a este respeito uma nova etapa. Assim, o Código de Ferreira Borges determina que, no caso do seguro de incêndio, o segurador não se exonera salvo provando que o incêndio fora "causado por facto, ou negligencia grave da própria pessoa do segurado" (1770). Por sua vez, a Lei belga de 11 de Junho de 1874, mais tarde incorporada no Código Comercial, determina que, *em sede de seguro de incêndios*, apenas se exclui a cobertura de factos praticados com dolo ou culpa grave imputável pessoalmente ao segurado; similar princípio foi acolhido no Código italiano de 1882; mais afoito, o Código comercial espanhol de 1885 acolheu aí o princípio de que o segurador apenas não responderia em caso de delito, determinando por princípio a cobertura de factos culposos; e foi essa também a orientação do nosso Código Comercial de 1888 (art. 443.º, 1.º). Em contraponto às afirmações proferidas no apogeu do seguro marítimo, encontramos agora a afirmação de que a cobertura de factos culposos era conforme às necessidades da vida moderna⁸⁰.

Com o crescente desenvolvimento dos seguros terrestres, tais fronteiras foram-se alargando, levantando-se apenas o dolo como última fronteira, inicialmente vista de um modo rígido, mas hoje nem sequer inexpugnável, face aos seguros de responsabilidade civil obrigatória.

A afirmação do seguro moderno teve um relevo não menos decisivo na compreensão das fronteiras do risco transferido, face à interferência que o segurado tem sobre este. Por um lado, a afirmação da interferência dolosa sobre o risco como fronteira à segurabilidade passou a contar com a convocação de argumentos económicos: os riscos seguráveis deveriam ser apenas os involuntários⁸¹. Por outro lado, as técnicas "modernas" de seguros – que hoje diremos já tradicionais – passaram a referi-los a um conjunto de unidades homogêneas de exposição ao risco, cujo comportamento conforme às leis da estatística pressupunha que as suas características relevantes não variassem na vigência do contrato. Na regulação do contrato, passa por aqui também a especial atenção dada aos deveres que visam a manutenção de um certo *status* do risco, tornando-se intuitiva a consequência de

⁸⁰ CESARE VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale, Volume IV, Le Obbligazioni (Contratti e prescrizione)*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milão, 1929, pp. 434-435. Sobre esta evolução, cfr. ainda ANTONIO LA TORRE, "I sinistri cagionati con colpa grave dell'assicurato", in *Scritti di Diritto assicurativo*, ANTONIO LA TORRE (coord.), Dott. A. Giuffrè, Milão, 1979, pp. 331-420, pp. 335 e ss.

⁸¹ Veja-se a parte II.3, § 1, sobre o substrato técnico-económico do seguro.

que os segurados que os não acatem *colocam o seu risco fora do perímetro delimitado para efeitos de distribuição pela mutualidade*⁸².

Em associação à técnica moderna afirmam-se os *recortes estandardizados do risco, com recurso a cláusulas contratuais gerais*, criando-se a homogeneidade qualitativa e quantitativa das unidades de exposição ao risco por via do jogo do recorte do risco primário e do risco secundário⁸³. O Direito dos seguros sempre havia sido, em grande medida, um Direito *conformado sobretudo pelos usos e pelas práticas contratuais*, já que *a sua natureza de produto jurídico torna qualquer regulação legal sempre escassa para o conformar*. Este fenómeno acentua-se, porém, com a sua contratação massificada para efeitos de construção da mutualidade de situações de exposição homogéneas⁸⁴.

Trata-se de um fenómeno precocemente acentuado de predisposição do contrato pelo contraente que efectua a prestação característica⁸⁵, patenteando *um desnível na posição relativa das partes no contrato*. Com redobrado esteio⁸⁶ na

⁸² Já assim, embora, segundo a interpretação da doutrina, por considerações de fidelidade ao pactuado, o art. 1753 do Código Ferreira Borges (DIOGO PEREIRA FORJAZ DE SAMPAIO PIMENTEL, *Anotações ao Código de Commercio portuguez*, V, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1866, p.; face à situação prévia ao primeiro Código Comercial, note-se que o manual designado por "Lições do Comércio", de autor anónimo e do ano de 1766, citado em A. H. OLIVEIRA MARQUES, *Para a história...* cit. – cfr. especificamente pp. 163-164 – refere que se entendia dever ser o segurador a suportar o risco em caso de desvio de rota quando este decorresse de uma opção espontânea do Mestre, sem participação ou ordem do segurado); também nos arts. 446.º e 459.º do Código Veiga Beirão, se exprimia particular dureza em relação a deveres respeitantes a esta contenção do risco. Face aos restantes deveres, as consequências jurídicas eram geralmente entendidas como tendo natureza reparatória – era assim face à comunicação do sinistro e prestação das informações conexas, nos termos dos próprios regimes; e, face ao Código Ferreira Borges, entendia-se que era isso mesmo que exprimia a privação do segurado do direito à prestação, com perda dos prémios, nos casos de actuação com dolo ou fraude.

⁸³ Esta articulação é particularmente destacada por MEINRAD DREHER, *Die Versicherung...* cit., pp. 16 e ss.

⁸⁴ OTTO HAGEN, "VIII, 1", in *Handbuch des gesamten Handelsrechts, mit Einschluß des Wechsel-, Scheck-, See- und Binnenschiffrechts, des Versicherungsrechts sowie des Post- und Telegraphenrechts*, VICTOR EHRENBERG (coord.), O. R. Reiland, Leipzig, 1922, p. 33, salientava que, antes da entrada em vigor da VVG de 1908, a parte mais importante do Direito objectivo vigente se encontrava nas condições gerais dos contratos de seguro. Entre nós, conquanto já em obras muito posteriores, não deixamos de encontrar também uma referência cimeira à imbricação entre os fenómenos – ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", *ROA*, 3, 1986, pp. 733-769, p. 740, referindo-se aos contratos das companhias de seguros como exemplo cimeiro da contratação com base em ceg.

⁸⁵ OTTO HAGEN, "Handelsrecht, VIII, 1", cit., p. 32, acentuava, em 1922, que as condições gerais do contrato de seguro eram uma especificidade deste contrato, que não se fazia sentir com esta intensidade nos demais âmbitos jurídicos.

⁸⁶ A tendência não se inaugura de todo aqui. Ao descrever a actividade de seguro em Portugal no último quartel do séc. XVIII, A. H. OLIVEIRA MARQUES, *Para a história...* cit., pp. 231-232, assinala a invocação, pelos seguradores que se queriam escusar à prestação, da violação de qualquer cláusula da apólice ou dos estatutos da Casa dos Seguros. Assim, no pleito que rodeou o naufrágio da corveta "Governo Feliz", os seguradores invocavam que do contrato constava que o navio havia de partir de

ideia de que as cláusulas que concorrem na delimitação do risco suportado através da imposição de deveres ligados ao risco servem a protecção da mutualidade de segurados, os seguradores valem-se de toda a violação dessas cláusulas para recusar a cobertura.

Cedo, porém, as instâncias da prática vieram contrariar esta delimitação de esferas rigidificada pela invocação de argumentos essencialistas e técnicos. Infiltram-se na engrenagem argumentos atinentes à *utilidade social da efectiva protecção contra certos riscos, e da utilidade particular que o contrato deveria proporcionar em troca da contrapartida paga, bem como a dúvida quanto à efectividade da concorrência no mercado segurador*⁸⁷. Por sua vez, a técnica vai revelando a ampla possibilidade de acolhimento dos riscos alargados transferidos, mesmo tendo que se reinventar.

A preservação da utilidade da cobertura, mantendo-se mesmo quando é a actuação do segurado a interferir no risco ou no sinistro, marca a tendência evolutiva da regulação destes fenómenos ao longo dos sécs. XX e XXI.

Assistiremos a uma mutação na compreensão do princípio da máxima boa fé, tradicionalmente invocado de modo sistemático contra o segurado⁸⁸. O período é longo, mas a tendência é discernível, impondo-se no sentido da garantia de que a cobertura do risco contratado apenas é posta em causa por factos que transcendam o risco que o segurado pode confiar em ter transferido para a esfera do segurador⁸⁹. Em sede de seguro terrestre, reconhece-se que não é sempre o segurado a parte

Cochim até ao dia 15 de Abril – o que não se tinha verificado – para se furtarem ao pagamento, não sendo necessário que do contrato constasse expressamente a cominação de "anulação" para o caso do não cumprimento. Foi esta visão que teve vencimento em primeira instância, apenas em sede de recurso se considerando que, de acordo com a jurisprudência vigente nessa sede, a simples enunciação da conduta não valia cominação de anulação.

⁸⁷ OTTO HAGEN, "Handelsrecht, VIII, 1", cit., pp. 33-34. Note-se, aliás, que as associações de seguradores tiveram, no final do séc. XIX, exactamente o papel de permitir aos seus membros a partilha dos conhecimentos estatísticos e práticos face à técnica que então se desenvolvia, bem como da proposta de clausulados uniformizados, com vista a suprir da falta de um quadro legal cabal (MEINRAD DREHER, *Die Versicherung...* cit., pp. 23-24).

⁸⁸ HERMAN COUSY, "Insurance law between business law and consumer law", in *The Belgian reports at the Congress of Washington of the International Academy of Comparative Law – Rapports belges au Congrès de l'Académie Internationale de Droit Compa'é à Washington – De Belgische rapporten voor het Congres van de 'Académie Internationale de Droit Comparé' te Washington*, Larcier, Bruxelles, 2011, pp. 515-554, p. 518.

⁸⁹ Salientando ter sido este o sentido das alterações do final dos anos '30 e início dos anos '40 à VVG alemã, ampliando as limitações à liberdade contratual em defesa da contraparte do segurador pelas quais a VVG, numa demonstração de carácter marcadamente progressista face aos cânones arraigadamente liberais do momento histórico da sua aprovação, se pautava, LUDWIG RAISER, "Entwicklungslinien im Recht des Versicherungsvertrages", *ZVersWiss*, 1978, pp. 375-390, p. 376.

favorecida pela assimetria informativa; no que concirna à *valorização dos factos para efeitos de relevo estatístico ou mesmo causal, é o segurador a deter a experiência e o saber especializado*⁹⁰. Descortina-se também margem para o oportunismo do segurador, em cujas mãos repousa, pois, em grande medida, a efectividade do direito do segurado.

Actualmente assistimos, pois, a um separar das águas. De um lado, as normas que actuam a reacção contra a fraude, mantendo toda a sua dureza e mesmo o relevo jurídico-penal⁹¹. Para lá destas, a *reacção dos ordenamentos jurídicos tem sido sobretudo no sentido de protecção do adquirente de seguros face à preservação da utilidade da cobertura contratada*⁹². Visa-se evitar que a imposição de exigências de conduta ligadas ao risco, *cujo não cumprimento comprometa o direito à prestação seguradora, venha esvaziar o contrato do seu sentido útil*.

Esta linha de evolução começa com as legislações especificamente votadas ao seguro terrestre que, nos inícios do séc. passado, despontaram na esfera germânica; tem específica refracção no princípio da protecção da parte mais frágil em sede seguradora, atinente aos riscos de massa e, mais latamente, no movimento de protecção do consumidor⁹³; e estende-se praticamente até ao momento de escrita destas linhas, sendo de assinalar a muito recente aprovação do *Insurance Act* de 2015, que reformou drasticamente o sistema leonino das "insurance warranties".

Assim, pontificaram, logo no início do séc. XX, as VVG suíça e alemã, ambas de 1908. Entre elas, a VVG suíça destaca-se por ter abandonado a lógica de tudo-ou-nada na cobertura da negligência grosseira, instaurando nessa sede um sistema de redução da prestação na medida da culpa (art. 14.º) – sistema cujas réplicas se

⁹⁰ Estamos, pois, longe da compreensão que se fazia ouvir ainda no séc. XX e que configurava o segurador como a parte mais fraca – cfr. ÉMÉRIGON/P. S. BOULAY-PATY, *Traité...* cit., p. 362, "Puisque les assureurs sont des pupilles, il serait juste q'on vînt à leur secours" e, face ao *Marine Insurance Act*, de 1906, LAW COMMISSION/SCOTTISH LAW COMMISSION, *Insurance contract law 2014*, cit., p. 9: "[t]he 1906 Act is insurer-friendly. The principles were developed at a time when the insured knew their business while the insurer did not, and were designed to protect the fledgling insurance industry against exploitation by the insured".

⁹¹ Para além do que diremos à frente, cfr. o art. 1:103 dos PEDCS.

⁹² Em termos mais gerais, HERMAN COUSY, "Insurance...", cit., p. 520, a propósito da legislação belga, por um lado fincada ainda no modelo de protecção do segurador e da indústria seguradora, por outro fincada na protecção do consumidor, fala de uma sua "esquizofrenia"; HELMUT HEISS/LEANDER D. LOACKER, "Das ABGB und das Versicherungsgeschäft, Von den Anfängen zur möglichen Zukunft versicherungsvertraglicher Regelungen in und für Österreich", in *Festschrift 200 Jahre ABGB*, CONSTANZE FISCHER-CZERMAK/GERHARD HOPF/GEORG KATHREIN/MARTIN SCHAUER (coord.), Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 2011, pp. 403-424, p. 415.

⁹³ FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Caracteres generales de la Ley de contrato de seguro", *RES*, 123-124, 2005, pp. 389-398, p. 391; HELMUT HEISS/LEANDER D. LOACKER, "Das ABGB...", cit., p. 415.

fazem ainda sentir, quer nas disposições do regime opcional previsto nos PEDCS, quer na recente revisão da VVG alemã. E tanto esta, como a lei alemã se destacam por terem regulado as possibilidades de exoneração do segurador na sequência da violação de exigências de conduta ligadas ao risco – que passa então a ser possível apenas mediante verificação de *requisitos de culpa* (art. 45. da VVG suíça, valendo aliás para qualquer consequência jurídica, e § 6 da alemã)⁹⁴ e, no caso de *Obliegenheiten* ligadas ao controlo do risco, de causalidade (art. 29. da VVG suíça).

Destas normas resulta desde logo a limitação de consequências jurídicas aplicáveis ao não cumprimento de exigências de conduta que transcendem os deveres de prestação principais. Mais do que isso, resulta – e é um ponto que revisitaremos ao longo do presente trabalho – a imposição imperativa ou supletiva da tomada de um número maior de riscos ligados à conduta do segurado na esfera do segurador. Trata-se de tendência que continuará a acentuar-se naqueles ordenamentos que mais cedo acolheram actos legislativos especificamente votados aos seguros⁹⁵, e que emergirá também na adopção desses actos pelos ordenamentos

⁹⁴ Com o que, na Alemanha, se absorveu o legado da jurisprudência, que a partir sensivelmente do anos '60-'70 do séc. XIX marcou decididamente a distância entre as cláusulas que impunham certos comportamentos, sobretudo informativos, ao segurado, e a sua concepção primeira como meras condições estritas do direito à prestação, cuja não verificação comprometia em qualquer caso tal direito, ao modo das "conditions precedent" de que diremos a propósito do Direito inglês. Verificou-se uma progressiva infiltração de ideias de boa fé nos juízos, manifestando-se na redução teleológica das cláusulas, de modo a considerar, primeiro, que não se poderia retirar consequências do incumprimento quando o seu escopo se alcançasse por outra via; em segundo lugar, que não se poderia retirar de tal consequências quando o cumprimento fosse impossível e, no culminar da evolução, quando o incumprimento não fosse culposos. Sobre esta evolução, PHILLIP HELLWEGE, "Obliegenheiten im Versicherungsvertragsrecht aus historisch-vergleichender Perspektive", *RabelsZ*, 76, 2012, pp. 864-892, pp. 877 e ss.

⁹⁵ Assim, o § 6 da VVG na sua versão anterior foi objecto de alteração em 1939, no sentido de tornar mais clara a exigência do requisito da causalidade relativamente a *Obliegenheiten* a cumprir antes do sinistro (§ 6, II) – exigência essa que antes se encontrava, de modo sistematicamente incoerente, no § 32: cfr. HANS-PETER SCHWINTOWSKI, "§ 6", in *BK*, HEINRICH HONSELL (coord.), Berlim/Heidelberg/Nova Iorque, 1999, pp. 149-226, nm. 1. Tal não seria, porém, bastante: LUDWIG RAISER, "Entwicklungslinien...", cit., p. 378, dá-nos conta da total inflexão do juízo sobre a VVG que ocorreu entre os anos '50 e '70 do século passado, passando o texto do favor geral da doutrina a – sobretudo a partir da obra de Gärtner – estar colocado sob o foco da crítica. De todo modo, ainda na vigência da anterior VVG, não pode deixar de se salientar o fundamental impacto que teve sobre a sua aplicação a entrada em vigor do regime sobre ccg, aprovado pela AGB-Gesetz de 1976 – e que, através dos parâmetros da transparência e do desfavorecimento excessivo, serviu o alargamento das ponderações presentes nas normas semi-imperativas da VVG para lá do seu âmbito estrito (PETER KOCH, "100 Jahre Versicherungsvertragsgesetz, Willkommen und Abschied", in *Beiträge zur Geschichte des deutschen Versicherungswesens*, PETER KOCH (coord.), Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2015, pp. 54-60, p. 57). Na ordem jurídica austríaca vigora ainda a VVG alemã, introduzida na sequência da anexação (pela "Verordnung zur Vereinheitlichung des Rechts der Vertragsversicherung", de 19. 12. 1939, que revogou a "Gesetz über den Versicherungsvertrag", de 1917), conquanto já profusamente alterada. A VVG austríaca assistiu, em 1994, a uma intervenção no sentido de garantir aos segurados uma protecção alargada nesta sede, apartando-se decisivamente o § 6 da VVG austríaca do seu congénere alemão (ATTILA FENYVES, "§ 6", in

que apenas mais serodidamente o fizeram, como o espanhol, o belga⁹⁶ ou o português, bem como no regime opcional previsto nos PEDCS⁹⁷.

Como dizíamos, esta evolução chega ao ordenamento português – sempre no tocante às exigências de conduta que aqui analisamos – com o RJCS, que substituiu o regime lacunoso e supletivo do CCom por um conjunto normativo de aplicação relativamente generalizada e correspondente a uma ordem pública de protecção, de natureza semi-imperativa. No ano de publicação do RJCS entrou também em vigor

Versicherungsvertragsgesetz, ATTILA FENYVES/MARTIN SCHAUER (coord.), Verlag Österreich, Viena, 2014, pp. 1-49, p. 3).

⁹⁶ Quanto à LCS (espanhola) de 1980, cfr. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Caracteres generales...", cit., pp. 391 e ss.; quanto à LCA (belga) de 1992, cfr. HERMAN COUSY, "Insurance...", cit., pp. 536 e ss.

⁹⁷ Os PEDCS são um projecto de âmbito académico, almejando à criação de um instrumento opcional de regulação do contrato de seguro, na base dos trabalhos juscomparatísticos expressamente levados a cabo para o efeito, nos inícios do presente século (PROJECT GROUP RESTATEMENT OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW, *Principles of european insurance contract law*, Project Group Restatement of European Insurance Contract Law, Munique, 2009, xlix e ss.). O instrumento proposto almeja a constituir um sistema acabado de regulação do contrato de seguro, em termos de se poder colocar ao lado do regime nacional, como sua alternativa (sistema de "opt-in" – pp. lxi e ss. e arts. 1:102, 1:104 e 1:105). Com efeito, a opção pela aplicação do respectivo regime implicaria o afastamento das normas não só supletivas, mas também imperativas, do regime interno (pp. liv-lv). A europeização do sistema proposto é completada pela remissão, em termos de Direito subsidiariamente aplicável, para os instrumentos que procuraram codificar um Direito privado europeu – tendo os PEDCS sido concebidos para serem parte integrante do DCFR. O instrumento permanece actualmente uma mera proposta académica, conquanto se vá procurando diminuir a distância que o separa da adopção formal enquanto diploma comunitário, à semelhança do que se procurou fazer com a compra-e-venda, pela – entretanto retirada – Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um Direito europeu comum da compra e da venda (COM/2011/0635 final - 2011/0284). Com efeito, em 2013, a Comissão nomeou um Grupo de Peritos – cuja constituição coincide parcialmente com a do grupo de académicos responsável pela elaboração dos PEDCS –, incumbindo-os de identificar a existência de barreiras ao mercado interno (europeu) de seguros, colocadas pela diferença entre as legislações. Em Fevereiro de 2014, o Grupo de Peritos tornou público o seu relatório, em que concluiu pela existência de barreiras ao mercado interno segurador, derivadas da diferença entre legislações, em particular nos seguros de massa, que, num produto jurídico como é o seguro, impediam a contratação de seguros em Estados-Membro diferentes dos da residência, criando incerteza quanto ao Direito aplicável e empolando os custos de transacção, desde logo por entravarem a mutualização dos riscos à escala europeia (http://ec.europa.eu/justice/contract/files/expert_groups/insurance/final_report_en.pdf; na doutrina, JÜRGEN BASEDOW, "Der gemeinsame Referenzrahmen und das Versicherungsvertragsrecht", *ZEuP*, 1, 2007, pp. 280-287, pp. 280-281; HELMUT HEISS, "Optionales europäisches Versicherungsvertragsrecht", *RabelsZ*, 76, 2012, pp. 316-338, pp. 317-320). Poderá, pois, esperar-se nesta sede o surgimento de uma Proposta em moldes similares à de Regulamento da compra-e-venda, que referimos (sobre o modelo de instrumento alternativo mais aconselhável e a progressiva aproximação entre o plano académico e o institucional, relativamente ao instrumento proposto, JÜRGEN BASEDOW, "Der gemeinsame...", cit., pp. 285-287; HELMUT HEISS, "Optionales...", cit., pp. 329 e ss.). Na argumentação do Grupo de Peritos ecoam muitas das razões e conclusões comuns a outras tentativas de criação de instrumentos uniformes – sobretudo, razões atinentes a custos de transacção que inibiriam as trocas –; não pode, pois, deixar de se assinalar aqui o reverso da argumentação, igualmente conhecido, que sublinha a certamente não menor incerteza que rodeia um sistema criado *ex novo*, cujas concretizações judiciais não são conhecidas e, estando a cargo de juízes nacionais, continuarão a divergir – tendência que o mecanismo do reenvio prejudicial não apagará totalmente (JAN SMITS, "The Common European Sales Law (CESL) beyond party choice", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 4, 2012, pp. 904-917, p. 912).

uma profunda alteração da VVG alemã, que teve como um dos seus "Leitmotive" a mitigação da dureza do regime associado à violação de exigências de conduta ligadas ao risco. Será em grande medida em diálogo com o debate que essa reforma não veio fechar que se fará o presente excuro.

O RJCS trata especificamente, em primeiro lugar, a *causação intencional do sinistro* (art. 46.º), bem como o dever de comunicar um agravamento de risco ocorrido (arts 91.º, 93.º e 94.º). Regula, por outro lado, os deveres de *afastamento e mitigação do sinistro* (art. 126.º) e os *deveres de participação do sinistro* (arts. 100.º, n.ºs 1 e 2, e 101.º) e *prestação de informação complementar* (art. 100.º, n.º 3) sobre as circunstâncias deste. As consequências do não cumprimento destes deveres são, nos primeiros dois casos, reguladas por normas semi-imperativas; nos últimos dois, são reguladas por normas dispositivas, que não põe em vigor um determinado regime; num segundo momento, estas *criam*, sim, *limites* para o regime eventualmente criado pelo contrato – e aí já com carácter semi-imperativo.

Em todas as hipóteses, para que se possa retirar consequências do incumprimento, requer-se que este seja culposo. Requer-se ainda – no caso do regime do agravamento, presume-se – que tal incumprimento tenha causado dano ao segurador. De resto, separa-se entre a consequência associada à violação dolosa – a da perda total do direito – e a consequência prevista para a violação com mera culpa, correspondendo a uma redução da prestação que seria devida pelo segurador na medida do dano causado.

§ 2 A omissão: regime dos deveres contratuais ligados ao risco

Do exposto resulta que a lei nacional não trata a matéria das medidas de prevenção antecipada do sinistro, tão-pouco acolhendo uma norma de limitação geral dos deveres criados por contrato. Ora, é sabido que estes se multiplicam nos clausulados contratuais – pense-se na exigência de instalação de extintores em sede de seguro de incêndios; na de encerramento das portas e janelas, de denúncia do furto ou roubo, ou de entrega de uma lista dos bens sonegados às autoridades, em sede de seguro contra furto ou roubo; na exigência de cumprimento das prescrições médicas em sede de seguro de saúde ou de acidentes; na exigência de porte de licença de condução em sede de seguro de acidentes ou de responsabilidade,...

Muito frequentemente, estes surgem nas apólices associando-se a sua violação à consequência da perda do direito à prestação do segurador.

Com a ausência de previsão de uma norma que limite os termos da sua previsão e consequência do incumprimento, o ordenamento português lança, pois, dúvida quanto à extensão da liberdade dos seguradores de limitação, por esta via, do risco recebido na sua esfera. Trata-se, em geral, do problema de determinar *em que termos é que o segurador pode recusar total ou parcialmente a prestação devida em caso de sinistro por força do incumprimento de exigências de conduta por parte do segurado*. Pela sua enorme importância prática, o problema tem recebido regulação expressa noutros ordenamentos. De um modo geral, pode dizer-se que, na esfera germânica, os preceitos barreira assentam na exigência de culpa no incumprimento para dele retirar consequências. Para lá deste pressuposto geral, interferem considerações de causalidade, que se poderão dizer mais decisivas no ordenamento austríaco (§ 6 VVG) – ao passo que no sistema alemão, a culpa tem protagonismo não só como pressuposto, mas também como medida da sanção, sendo parâmetro do sistema de quotas de culpa (§ 28 VVG)⁹⁸. Destes sistemas é

⁹⁸ A VVG suíça mantém ainda os seus preceitos originários, ambos semi-imperativos, nos termos dos quais não é lícito retirar *consequências negativas* da violação de uma exigência de conduta sem que interceda culpa do segurado (art. 45.). No caso específico da previsão da exoneração do segurador por violação de exigências de conduta ligadas ao controlo do risco, o segurador não pode invocar a *exoneração* se a violação não tiver tido influência na ocorrência do sinistro nem na extensão das suas consequências (art. 29., n.º 2). Cfr. HANS ROELLI, *Kommentar...I*, cit., pp. 349 e ss. e 528 e ss. Vimos já que também a VVG alemã contava já, desde a aprovação da versão originária em 1908, de uma norma de captura da cláusulas contratuais que previssem exigências ligadas ao risco. Na sua versão actual, a VVG (§ 28) apenas permite que se preveja como consequência da violação a perda da contraprestação nas hipóteses de incumprimento doloso (a provar pelo segurador); tal exoneração não ocorre, total ou parcialmente, na medida em que o segurado prove que a violação não foi causal para o sinistro ou as suas consequências. No caso de violação com *negligência grosseira* (que se presume), esta prova contrária da causalidade continua aberta ao segurado. Na parcela da prestação do segurador não influenciada pela actuação culposa do segurado, interfere então um *sistema de ponderação do grau de negligência grosseira havida no incumprimento*, através do qual se determina o montante da prestação devida a final. Em qualquer caso, há lugar à exoneração total em caso de dolo qualificado por parte do segurado. Tratando-se de *Obliegenheiten* a cumprir antes do sinistro, ao segurador assiste ainda um direito à resolução do contrato (com efeitos exclusivamente para futuro). Assinale-se ainda que a invocação da exoneração total ou parcial perante a violação de *Obliegenheiten* de informação ou esclarecimento a cumprir após o sinistro está dependente de advertência expressa e por escrito para essa consequência jurídica. Abordaremos o seu conteúdo no correr da exposição; em geral, confronte-se MANFRED WANDT, "VVG § 28 Verletzung einer vertraglichen Obliegenheit", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 25.02.2012), JÜRGEN PRÖLSS, "§ 28", *Pröls/Martin Kommentar*, C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 27.02.2014) ou HELMUT HEISS, "§ 28", in *Bruck/Möller, I*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/KATHARINA JOHANNSEN/RALF JOHANNSEN (coord.), De Gruyter Recht, Berlim, 2008, pp. 788-890, *passim*. A disposição paralela da VVG austríaca é ainda o § 6 que foi partilhado no espaço germânico, conquanto chegue à actualidade profusamente alterado. Não há aqui lugar à previsão de um sistema

ainda em grande medida tributário o que ficou plasmado nos PEDCS, relativamente à previsão contratual de condutas ligadas ao controlo do risco. Condiciona-se a previsão de um direito de resolução do contrato ou da exoneração do segurador à violação do dever com intenção de causar danos ou negligentemente e com consciência de que esse dano provavelmente resultaria da violação. Em caso de culpa simples, admite-se a previsão da redução da prestação na medida da culpa patenteadada na violação.

No ordenamento belga, limitou-se também, já ao tempo da aprovação da LCA, a previsão contratual da perda do direito à prestação ("déchéance") no caso de violação de exigências de conduta, tendo-se aqui fundamentalmente em vista a falta de cumprimento de deveres de prevenção do sinistro⁹⁹. Permite-se que o contrato preveja a *exoneração total ou parcial do segurador*, com sujeição porém a duas condições¹⁰⁰. Em primeiro lugar, a exoneração deve sancionar o incumprimento de uma *obrigação determinada* imposta pelo contrato. As cláusulas com formulações genéricas não podem fundar exoneração. Em segundo lugar, o *não acatamento deve estar em relação causal com o sinistro*. O sistema assenta, pois, na exigência de

de quotas de culpa, mas sim um relevo diferenciado da causalidade, em função de diferentes *Tatbestände*. Assenta-se em primeiro lugar na exigência da violação culposa da *Obliegenheit* para que dela se possa tirar consequências – seja de redução da prestação, seja de resolução do contrato para futuro. Face a *Obliegenheiten* que visem manter a equivalência entre a medida dos prémios e a da prestação, pode haver lugar à redução da prestação na proporção dos prémios pagos. Tratando-se de *Obliegenheiten* de mera comunicação e notificação, sem influência sobre a avaliação do risco, o segurador só pode invocar a exoneração em caso de dolo. Estando em causa *Obliegenheiten* que tenham por escopo o controlo do risco, o segurador não poderá invocar a exoneração quando a violação não tenha tido influência sobre a ocorrência do sinistro ou sobre a amplitude do dever de prestar do segurador. Estando já em causa *Obliegenheiten* a cumprir após o sinistro, o patamar mínimo para retirar consequências do incumprimento é a violação com negligência grosseira, que se presume (juntamente com o dolo). Nestas hipóteses, o segurado pode porém invocar que a violação não foi causal para o sinistro ou a amplitude do dever de prestar do segurador – apenas lhe estando tal vedado nas hipótese de dolo referido à influência na prestação a cargo do segurador ou à perturbação do apuramento das circunstâncias reconhecivelmente relevantes para a prestação do segurador. Prevêem-se em todo o caso deveres especiais de informação do segurador. Cfr. ATTILA FENYVES, "§ 6", cit., *passim*.

⁹⁹ BERNARD DUBUISSON, "Actualités...", cit., pp. 150-152; este entendimento subjaz também a VICENT CALLENWAERT, "L'exigence de détermination des clauses de déchéance, Anotação ao ac. da Cour de Liège de 28 de Maio de 2008", *RGAR*, 2010, pp. 14626(1)-14626(2), 14626(2). A necessidade de intervir sobre as *cláusulas que previam a perda do direito à prestação seguradora em consequência da violação de um qualquer dever emergente do contrato* fez-se já sentir ao tempo da aprovação da lei anteriormente vigente. Para além da determinação, com carácter imperativo, das consequências da violação de alguns dos deveres que revelavam maior importância prática, previu-se uma regra geral de limitação das possibilidades de invocação da exoneração pelo segurador em face da violação de um dever contratual. Era o anterior art. 11. da LCA, cujo teor foi integralmente mantido pelo actual art. 65. da LA. Na al. 2, o art. confere ao Rei a competência para regular a exoneração total ou parcial do segurador nestas hipóteses. Tanto quanto temos conhecimento, tal competência continua por exercer (tal como face à anterior lei – MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., p. 259).

¹⁰⁰ MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., pp. 258-259.

especificidade da *fattispecie* do dever, a par do requisito da causalidade.

Muito recentemente, veio engrossar este caudal o Direito inglês, vindo o *Insurance Act* estabelecer limites à severidade do regime das *insurance warranties*¹⁰¹. As *insurance warranties* são muito latamente entendidas à face dos textos legais como cláusulas que determinam que até determinado momento certa conduta deve ser adoptada ou certa condição deve ser preenchida (cfr. já a Secção 33, 1), do *Marine Insurance Act* e a Secção 10, 6) a) do *Insurance Act*)¹⁰². Tipicamente, trata-se de *promessas de adopção de certa conduta de controlo do risco*: não é, porém, evidente a sua identificação, já que esta provém de critérios materiais, e não formais, e que o mesmo escopo material pode ser servido por outras figuras¹⁰³.

Com efeito, estas não são as únicas cláusulas a lançar exigências de conduta por sobre o segurado, manifestando-se uma pluralidade de possibilidades de conformação, que perpassa as "conditions precedent to any liability". O regime que vale para estas cláusulas é o mesmo que vale para as *warranties* à luz do *Marine Insurance Act* – podendo mesmo dizer-se que o funcionamento como "condition precedent to any liability" descreve a mecânica das *warranties*¹⁰⁴. Tais deveres podem ainda ser conformados como "conditions precedent to recovery", caso em que é claro que o não cumprimento apenas preclui uma concreta pretensão – e, em todo o caso, a defesa não é invocável no caso de ter já havido reparação do

¹⁰¹ O incentivo definitivo para encetar uma reforma dos preceitos que regiam o contrato de seguro veio da parte dos próprios "stakeholders", tendo sido decisivo o relatório apresentado pela *British Insurance Law Association*, em 2002, e preparado por um sub-comité integrado por seguradores, académicos, advogados, e técnicos de liquidação de sinistros (LAW COMMISSION/SCOTTISH LAW COMMISSION, *Insurance contract law 2014*, cit., p. 5). As provisões incluídas no *Insurance Act* a este respeito, de que daremos conta de seguida, incorporaram em grande medida as recomendações da *Law Commission* e da *Scottish Law Commission*.

¹⁰² Estas têm, como veremos em breve em texto, a estrutura de uma "condition precedent to any liability", considerando-se mesmo mais probante, para efeitos práticos, defini-las como "any term of an insurance contract, which, properly construed, is a condition precedent to the inception or continuation of cover" (Lord Goff, cit. ap. MALCOLM CLARKE, "Warranties: the guaranteed curse of English insurance contract law", *RGDA*, 3, 2012, pp. 581-597, p. 582).

¹⁰³ Tal coloca problemas desde logo na identificação de uma cláusula como *warranty* (NICHOLAS LEGH-JONES/JOHN BIRDS/DAVID G. OWEN, *MacGillivray on Insurance Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2008, pp. 245 e ss.). No caso *HIH Casualty & General Insurance Ltd vs New Hampshire Insurance Co. e outros* (p. 182), foram recenseados três critérios de identificação de uma *warranty*: o facto de a cláusula ser basilar na transação, ser descritiva ou relevante para a materialidade do risco de perda, ou de a concessão de uma indemnização não ser um remédio adequado a afrontar a sua violação (como tal, a cláusula que previa que o segurado, num seguro de perdas pecuniárias ligadas à sua actividade de produtor de cinema, deveria realizar seis filmes num determinado arco temporal configurava uma *warranty*, já que aquele número era decisivo para a receita da produtora).

¹⁰⁴ NICHOLAS LEGH-JONES/JOHN BIRDS/DAVID G. OWEN, *MacGillivray...* cit., pp. 235 e 239-240. Pareceria que estas as "conditions precedent to any liability" exonerariam de plano o segurador face a todos os deveres de prestar futuros, mas os tribunais têm tendido a considerar, quando tal possa proceder, que não há tal preclusão.

incumprimento¹⁰⁵. Por último, tais exigências podem ser qualificadas como "innominate terms", sendo próximos das *warranties* (em sentido geral, diverso do das *insurance warranties*, que não abrem as vias à cessação do contrato) – dão então ao segurador o direito a fazer cessar o contrato, mas só quando se concluir que a violação é repudiatória, no sentido de atentar contra as bases do contrato; quando a violação não tiver esse carácter, ou o segurador não exercer o seu direito a fazer cessar o contrato, terá de todo o modo direito a reparação¹⁰⁶.

Sendo as *warranties* o invólucro mais protectivo para o segurador, é esta a qualificação a que este procura acolher-se. Em caso de incumprimento, fica exonerado para futuro: o contrato não cessa, mas não brotam dele novos deveres de prestar do segurador, apenas se mantendo o direito aos prémios¹⁰⁷.

Com efeito, o *Marine Insurance Act* de 1906 ainda fornece o quadro geral de enquadramento das *warranties*, mesmo em sede de seguro terrestre, já que, ele próprio integrando os princípios que se haviam anteriormente estabelecido na *common law* a este respeito, entendeu-se que continua a conter os quadros da *common law* aplicável à generalidade dos contratos de seguro¹⁰⁸. Ora, o seguro marítimo corporiza um modelo em que o segurado é geralmente um agente económico de grandes dimensões, com grande saber técnico relativamente ao risco; mais ainda, o diploma encarna as valorações de uma época em que se via o segurador como o único sujeito desfavorecido pela assimetria informativa.

¹⁰⁵ NICHOLAS LEGH-JONES/JOHN BIRDS/DAVID G. OWEN, *MacGillivray...* cit., p. 240. Tal parece coincidir com o que MALCOLM CLARKE, "Warranties: the guaranteed curse of English insurance contract law", cit., pp. 583-584, designa por "exceptions", que apenas suspendem a cobertura durante o período em que se verificam.

¹⁰⁶ NICHOLAS LEGH-JONES/JOHN BIRDS/DAVID G. OWEN, *MacGillivray...* cit., pp. 240-241.

¹⁰⁷ Cfr. JOHN BIRDS, *Birds' modern Insurance Law*, Sweet and Maxwell, Londres, 2010, pp. 164 e ss., salientando a importância da jurisprudência *Bank of Nova Scotia v. Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd. (The Good Luck)*, de 1991, no assinalar da distância entre as *warranties* concebidas em termos gerais, que fundam o direito a fazer cessar o contrato, e as *insurance warranties*, equiparáveis a *conditions precedent*. Em caso de violação, o segurador é liberado da cobertura, mas o contrato não cessa, podendo manter-se no sentido em que haja deveres do segurado, como o de pagar o prémio, que sobrevivam à cessação da cobertura (conquanto tal seja pouco provável).

¹⁰⁸ LAW COMMISSION/SCOTTISH LAW COMMISSION, *Insurance contract law 2014*, cit., pp. 7 e 153. Veja-se, com muito interesse, sobre a evolução da *common law* atinente às *warranties*, WILLIAM REYNOLDS VANCE, "History of the development of the warranty in Insurance Law", *Yale Law Journal*, 7, 1911, pp. 523-534, pp. 526 e ss., defendendo que a figura da *warranty* como uma cláusula estrita, determinando a perda do direito à prestação independentemente do relevo do incumprimento para o risco, não corresponde a um uso já instalado na prática mercatória, mas sim a uma criação jurisprudencial cuja autoria se assaca claramente a Lord Mansfield, com afirmação clara a partir do caso *De Hahn vs. Hartley*, de 1786. Note-se que aí (pp. 532-533) o autor se insurge decisivamente contra as ditas "affirmative warranties", atinentes à descrição dos factos relevantes para a avaliação do risco, considerando já inteiramente procedente uma visão estrita do funcionamento das "promissory warranties", que nos interessam em texto.

O regime vigente consagra condições verdadeiramente draconianas de aplicação das *insurance warranties*. Permite-se ao segurador recusar a prestação, mesmo quando o incumprimento da *warranty* tenha sido entretanto reparado (vg., o sistema de alarme não foi instalado logo aquando do contrato, mas foi-o depois)¹⁰⁹ ou quando tal incumprimento não tenha qualquer relação causal com o sinistro (vg., quando, num seguro de recheio da casa, face ao sistema de alarme não instalado, aquela sofre dano decorrentes de cheias)¹¹⁰. As causas legítimas de não cumprimento são, por sua vez, muito estreitas, abarcando apenas as hipóteses em que, por alteração de circunstâncias, a conduta deixa de ser aplicável às circunstâncias do contrato ou se torna ilegal, ou aquelas em que o segurador renuncia ao seu direito a invocar a violação¹¹¹. Acresce que o entendimento dominante considera que estas cláusulas estão fora do escrutínio proporcionado pelo "Unfair Contract Terms Act", por integrarem definição do objecto negocial¹¹². Conquanto a jurisprudência tente suavizar estes rigores¹¹³, acaba por fazê-lo de um modo errático¹¹⁴.

Os riscos que para o segurado decorrem destes quadros de funcionamento são

¹⁰⁹ O caso clássico a este respeito é o *De Hahn vs. Hartley*, de 1786 (ver obra citada na nota anterior). Da apólice constava que o navio deveria sair do porto com pelo menos 50 membros na tripulação; o navio saiu com apenas 46, mas, umas horas depois de a viagem ter começado, sem que o navio chegasse a correr perigo relevante, engajou mais 6. Já na Costa de África, o navio viria a ser capturado e perdido. Face ao sinistro, o segurador invocou a violação da garantia, tendo-lhe o tribunal dado razão, considerando que as *warranties* deveriam ser cumpridas pontualmente, não sendo relevante se a sua violação era ou não relevante para o sinistro. Tal jurisprudência foi incorporada nas Secções 33, 3), e 34, 2), do *Marine Insurance Act*.

¹¹⁰ NICHOLAS LEGH-JONES/JOHN BIRDS/DAVID G. OWEN, *MacGillivray...* cit., pp. 252 e ss.; LAW COMMISSION/SCOTTISH LAW COMMISSION, *Insurance contract law 2014*, cit., pp. 9 e 159-160.

¹¹¹ LAW COMMISSION/SCOTTISH LAW COMMISSION, *Insurance contract law 2014*, cit., pp. 160-161.

¹¹² GIESELA RÜHL, "Common Law, Civil Law, and the Single European Market for insurances", *International and Comparative Law Quarterly*, 55, 2006, pp. 879-910, p. 902.

¹¹³ Assim, os tribunais sempre invocam em casos limite parâmetros de relevância, considerando que a violação fica sem efeito se os factos previstos na *warranties* forem triviais e não fundamentais para o risco – cfr. NICHOLAS LEGH-JONES/JOHN BIRDS/DAVID G. OWEN, *MacGillivray...* cit., p. 255 e também GIESELA RÜHL, "Common...", cit., pp. 903 e ss., concluindo mesmo no sentido de a jurisprudência não chegar a resultados muito díspares dos que resultam do controlo da abusividade do clausulado e da aplicação do parâmetro da culpa no Direito alemão.

¹¹⁴ Acentua-o decisivamente LAW COMMISSION/SCOTTISH LAW COMMISSION, *Insurance contract law 2014*, cit., pp. 161 e ss. Assim, no caso *Kler Knitwear Ltd v Lombard General Insurance Co Ltd.*, de 2000 – em que a inspecção do sistema de *sprinklers* a que o segurado deveria proceder a cada trinta dias foi feita apenas ao sexagésimo, verificando-se que estava tudo conforme, mas vindo posteriormente a fábrica em causa a sofrer danos por *tempestade* –, em que estava em causa uma cláusula claramente recortada como *warranty*, o tribunal qualificou-a como condição suspensiva da cobertura. No caso *Sugar Hut Group Ltd v Great Lakes Reinsurance (UK) plc*, de 2010, estava em causa, entre outras matérias, o incumprimento de uma *warranty* que impunha a instalação de um determinado sistema de alarme anti-roubo; antes que o segurado tivesse instalado o sistema correcto, ocorreram danos por incêndio nas instalações. Neste caso, o tribunal considerou que, uma vez que o sistema de alarme anti-roubo não se encontrava correctamente instalado no momento do fogo, a cobertura deveria ter-se por suspensa nesse momento.

cumulados com os da falta de transparência, que decorre já da falta de linhas claras na identificação do que seja uma *warranty*. Assim, CLARKE fala aqui de um "maze [...] that even the most patriotic English lawyer does not enter with pleasure or pride"¹¹⁵. A falta de transparência é especialmente sensível no tocante às "basis of the contract clauses"¹¹⁶. Mediante a formulação de que o conteúdo de certa cláusula passa a integrar a base do contrato, esta passa a estar sujeita ao regime das *warranties*, independentemente do seu conteúdo. Assim, qualquer afastamento dos factos em relação à descrição constante da apólice, mesmo que nada tenha que ver com o grau de risco, constitui violação da garantia e fundamento para a recusa de prestação pelo segurador.

A regra que ficou a constar do *Insurance Act* proíbe simplesmente as "basis of the contract clauses", valendo tal quer se trate de seguros celebrados com consumidores, quer com não consumidores (veja-se a Secção 9, 2) do *Insurance Act*, atinente às "warranties and representations"). No tocante ao regime das *warranties*, passa a prever-se que, quando a violação da exigência de conduta tiver sido *reparada* antes de surgir um direito à prestação, o segurador permanece obrigado a prestar (Secção 10, 5). A exoneração só vale desde que *o dano ou o seu facto causador* ocorra no intervalo de tempo no qual o segurado está em incumprimento face à *warranty* (Secção, 10, 2) e 4)¹¹⁷. Uma última limitação – que vale qualquer que seja a qualificação da cláusula, desde que tenha por escopo a redução do risco de perda de determinada natureza, em determinado tempo ou local

¹¹⁵ MALCOLM CLARKE, "Warranties: the guaranteed curse of English insurance contract law", cit., p. 597. Não espanta, pois, que os segurados venham crescentemente substituindo o recurso aos tribunais, forçados a aplicar a *common law*, pelo recurso ao *Financial Ombudsman Service*, que pode decidir as queixas com base na equidade ("what is... fair and reasonable in all the circumstances of the case", nos termos da Secção 228 do *Financial Services and Markets Act*, de 2000). Cfr. LAW COMMISSION/SCOTTISH LAW COMMISSION, *Insurance contract law 2014*, cit., pp. 22 e ss.

¹¹⁶ LAW COMMISSION/SCOTTISH LAW COMMISSION, *Insurance contract law 2014*, cit., p. 10, 158, 175-177; o leading case é o *Dawsons Ltd v Bonnin* (1922), em que estava em causa a mera declaração por erro de um local que era o da sede do segurado, e não aquele onde a viatura sobre a qual incidia o risco estava geralmente estacionada, vindo o segurado argumentar que taç não vinha aumentar o risco, mas mesmo possivelmente diminuí-lo (já que o local de estacionamento era nos arrabaldes de Glasgow, e não no seu centro, como declarado). Não obstante, o tribunal considerou que a cláusula, integrando a base do contrato, continha uma *warranty*, sendo todo o incumprimento exoneratório do segurador.

¹¹⁷ LAW COMMISSION/SCOTTISH LAW COMMISSION, *Insurance contract law 2014*, cit., pp. 181-182: se o navio afunda numa zona de guerra, quando uma *warranty* determina que aí não há cobertura, é o dano a ocorrer nesse intervalo; se aí o navio apenas sofre aí o dano nos motores que só o irá levar ao afundamento uma vez saído de tal zona, é a causa do dano a ocorrer nele. Em ambos os casos, há perda do direito à cobertura.

– concerniu à adopção do requisito da relevância, patente na Secção, 11, 3), permitindo-se agora ao segurado demonstrar que o não cumprimento *não poderia ter elevado o risco da perda que efectivamente ocorreu e nas circunstâncias em que ocorreu*. Note-se que não se trata aqui de um teste de causalidade, mas apenas de conexão do risco: trata-se apenas de saber se o cumprimento poderia ter diminuído as hipóteses de concretização *daquele tipo de risco*, sendo irrelevante saber se efectivamente o causou¹¹⁸. O segurador permanece, pois, vinculado quando a exigência de conduta em causa não tenha por escopo a prevenção do tipo de perda emergente do sinistro. O regime em causa é semi-imperativo no que tange os contratos com consumidores (Secção 15, 1) e, no tocante apenas à Secção 9 (abrangendo, como vimos, a referência às "basis of the contract clauses"), é-o também em relação a seguros com não consumidores (Secção 16, 1).

Desta perspectiva em voo de pássaro resulta uma assinalável diferença face a um sistema como o germânico ou o acolhido pelos PEDCS: a da irrelevância da culpa para retirar efeitos da violação destas cláusulas relativas ao risco¹¹⁹.

II.2. Semelhança face a outras figuras e seus dilemas

§ 1 Culpa do lesado

Nas constelações de culpa do lesado, estamos perante situações em que o *titular de um direito violado* concorre na produção do resultado danoso que *se verifica na sua esfera* e que seria, *prima facie*, imputável ao lesante/incumpridor e repercutido na sua esfera através de um dever de indemnizar¹²⁰. Cumpre salientar,

¹¹⁸ LAW COMMISSION/SCOTTISH LAW COMMISSION, *Insurance contract law 2014*, cit., pp. 194-198. A disposição foi influenciada pelo art. 31. 06 da Lei nova iorquina sobre seguros. Da respectiva al. b) consta que "[a] breach of warranty shall not avoid an insurance contract or defeat recovery thereunder unless such breach materially increases the risk of loss, damage or injury within the coverage of the contract. If the insurance contract specified two or more distinct kinds of loss, damage or injury which are within its coverage, a breach of warranty shall not avoid such contract or defeat recovery thereunder with respect to any kind or kinds of loss, damage or injury other than the kind or kinds to which such warranty relates and the risk of which is materially increased by the breach of such warranty".

¹¹⁹ PHILLIP HELLWEGE, "Obliegenheiten...", cit., pp. 871-872.

¹²⁰ Com esta afirmação não desvelamos toda a complexidade que rodeia o tema e que aparta quem configure a questão como uma questão de confronto de esferas de imputação objectiva – ou seja, a resolver logo em sede de imputação objectiva – e quem a recorte já como questão de alocação de danos, requerendo ainda a ponderação de outros factores – factores que se poderão esgotar numa comparação da gravidade da culpa recíproca ou poderão abarcar ainda uma plêiade de circunstâncias a ter em conta. As teses actualmente dominantes no Direito comparado mais próximo são as do segundo tipo, tendo primazia a concepção da posição do lesado ou parte fiel como simétrica, ou

especular, da do lesante ou incumpridor (*Gleichbehandlungsthesen* ou *Spiegelbildthesen*; veja-se ULRICH MAGNUS/MIQUEL MARTÍN-CASALS, "Comparative conclusions", in *Unification of tort law: contributory negligence*, ULRICH MAGNUS/MIQUEL MARTÍN-CASALS (coord.), Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 259-291, p. 264). Nas versões mais tradicionais, afirma-se aqui, em nome de uma garantia da igualdade, que a alocação de danos ao primeiro está sujeita aos mesmos pressupostos que a alocação ao segundo. Porém, uma construção dogmática erigida sobre estas bases implicaria que uma actuação pouco cuidada ou mesmo intencionalmente lesiva da própria pessoa ou propriedade se tivesse como contrária à ordem jurídica – pois só então seria ilícita – e merecedora de censura ético-jurídica – pois só então seria culposa. Isto equivaleria a impor aos sujeitos um genuíno dever de cuidado face à sua integridade física e psicológica, e à sua propriedade, cujo não cumprimento seria passível de um juízo de reprovação ético-jurídico. Ora, estes resultados mostram-se antinómicos relativamente à liberdade pessoal e ao direito ao livre desenvolvimento de personalidade jusfundamentais, bem como à plêiade de normas ordinárias que os concretizam.

Assim, as versões mitigadas desta concepção *não incluem*, entre os requisitos da imputação ao lesado, a *referência ora à ilicitude* – insistindo, como tal, em que o lesado enfrenta aqui um mero ónus de cuidado para consigo próprio, e não um genuíno dever jurídico (DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1999, *maxime* pp. 199 e 215-216, assentando, porém, numa concepção geral de culpa que não pressupõe a censurabilidade, DIRK LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Verlag Franz Vahlen, Munique, 2011, pp. 349-350 e 352) –, *ora à culpa em sentido técnico* – referindo-se a uma conduta não culposa, mas com carácter análogo ao da culpa –, *ora a ambas* (neste último conjunto, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Almedina, Coimbra, 2007, especialmente pp. 414 e ss. e 540 e ss., afirmando, porém, a ilicitude quando exista uma norma impondo um determinado dever de auto-protecção, como, por exemplo, o dever de usar capacete – p. 523). Quer o fundamento da construção surja ainda como o *princípio da igualdade* – entendido como princípio de justiça comutativa que impõe que uma conduta do lesado que tenha contribuído, de modo comparável à conduta do lesante, para o dano, não relevasse para o juízo atinente à alocação do dano ao lesado, implicando que os mesmos fundamentos de imputação sejam convocados em relação aos dois intervenientes (DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., p. 125); quer se verta num referente autónomo, com o da *auto-responsabilidade* – JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A conduta...* cit., pp. 414 e ss, considerando que o art. 570.º não constitui uma norma de conduta, mas uma norma de repartição do dano, integrando um conjunto de soluções legais norteadas por uma ideia do justo, de acordo com uma fundamentação heterogénea (podendo escorar-se numa imputação subjectiva ao lesado análoga à do lesante, radicando o desvalor da conduta na exposição descuidada e injustificada ao perigo de sofrer o dano ou na omissão de certas regras de segurança cuja adopção evitaria ou reduziria o dano; como, em articulação com o art. 506.º, abrir-se a situações de repartição do dano com fundamento no risco, face aos mesmos riscos pelos quais o legislador responsabilizou o lesante), assente na ideia de "imputação das consequências patrimoniais decorrentes de opções livres que tomou e que se revelaram *desvantajosas para os seus interesses*, dada a sua aptidão autolesiva" (p. 417 da última obra citada e JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, "Culpa do lesado", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Volume III, Direito das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 139-140; similarmente, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Schadenersatz*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2003, p. 549) –, é dominante a demarcação face ao que resultaria de uma construção rigorosamente especular.

É nesta linha que se insere a maioria da doutrina nacional. Assim, constroem, em Portugal, a culpa do lesado por referência aos pressupostos da responsabilidade do lesante, por exemplo, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Conculpabilidade do prejudicado", *BMJ*, 86, 1959, pp. 131-173, pp. 135 e ss.; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações, I*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 331 e 341-343 (claramente mencionando a culpa *proprio sensu* do lesado); MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 782-783; JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações, I*, s.ed., Porto, 1987, pp. 523-525, negando que a conduta do lesado possa ser ilícita, e afirmando a culpa enquanto falta da exigência devida; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral, I*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 917-918, afirmando que, embora não haja culpa *proprio sensu* do lesado, a sua conduta deverá ser reprovável; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 726-731, configurando a existência de um mero ónus de cuidado para consigo próprio (enjeitando, portanto, a ilicitude) e, sobre essa base, fazendo assentar uma culpa qualitativamente distinta da do lesante, materializada no descuido ou desleixo na condução dos interesses próprios.

Por sua vez, as teses de índole objectivista partem do pressupostos de que a situação do lesante e a do lesado não são comparáveis, não sendo legítima a mobilização de uma ideia rectora de igualdade – por isso, são ditas teses diferenciadoras (*Differenzierungsthesen*). Na sua feição mais pura, exprimem-se como teses causalistas e assentam num raciocínio *a fortiori*: partem do princípio *casum sensit dominus* e consideram que, se o lesado suporta na sua esfera as consequências de um evento fortuito, por maioria de razão deverá suportar todos os resultados que nela se produzam e que sejam ainda causalmente imputáveis à sua conduta (entre nós, nesta linha, por todos, FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1995, *maxime* p. 360; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito civil português, II, Direito das obrigações, III, Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil* Almedina, Coimbra, 2010, pp. 731-732). Afirma-se também representante desta linha, face à mitigação do dano, EDUARDO SANTOS JÚNIOR, "Mitigation of damages", redução de danos pela parte lesada e "culpa do lesado", in *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO/LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO/JANUÁRIO DA COSTA GOMES (coord.), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 349-367, pp. 362-363, considerando, na sequência da análise do instituto da "mitigation of damage", que a "culpa do lesado" configura um mero critério valorativo de inserção da conduta deste no processo causal, devendo afirmar-se a causalidade e, como tal, imputação ao lesado caso o mesmo não tivesse, em face das circunstâncias, assumido uma conduta razoável para evitar danos e falhando, conversamente, a imputação quando a conduta tivesse sido razoável. Salvo o devido respeito, sem ulteriores precisões, o critério parece desembocar num juízo de culpa em abstracto – passando esta, e não a pura causalidade, a ser filtro de uma imputação em termos de tudo-ou-nada. É esta, aliás, a orientação predominante na esfera anglo-americana quanto à "mitigation of damages" que o autor analisa – cfr. tudo quanto diremos a seguir, em nota, relativamente à densificação deste juízo de razoabilidade e também quanto à crítica de que o instituto vem sendo alvo. Cfr. ainda SARA GERALDES, "A culpa do lesado", *O Direito*, 141, 2009, pp. 339-375, pp. 356-361 e 370-373, considerando que a questão da culpa do lesado se coloca em sede de imputação objectiva, mas que, perante a indivisibilidade do dano (o que, acrescentamos, será a constante em face de contribuição na produção do dano), deve o decidente ponderar outros factores para além desta imputação – exactamente os constantes no art. 570.º – para alocar as quotas de responsabilidade. Esta linha de sustentação das teses objectivistas tem sido, porém, criticada. Com efeito, olhado o concurso na própria produção do dano-lesão, estamos perante um dano unitário e indivisível que é causado pela interacção entre as actuações da vítima e do agente. Ora, nas questões de causalidade *há apenas decisões binárias* – um factor ou é causal, ou não (HEIN KÖTZ/GERHARD WAGNER, *Deliktsrecht*, Franz Vahlen, Munique, 2010, p. 295; W. PAGE KEETON/DAN B. DOBBS/ROBERT E. KEETON/DAVID G. OWEN, *Prosser and Keeton on the law of torts*, West Publishing, St. Paul, 1984, p. 474; entre nós, a propósito da interrupção do nexos causal, cfr. FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 28, em nota, : "o nexos de causalidade [...] ou existe ou não existe"). Por isso, a afirmação da causalidade do comportamento – de que este teria sido, em função da perspectiva adoptada, *condictio sine qua non*, causa adequada ou factor de agravamento do risco – bastaria, à luz daquela lógica, para excluir a responsabilidade do lesante. Pensada a frequência com que, perante a complexidade da sociedade contemporânea, as esferas jurídicas estão pressionadas umas contra as outras e os âmbitos de responsabilidade dos sujeitos se sobrepõem (DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., pp. 112-113), bem se vê que tal lógica levaria a uma sobreextensão da suportação dos danos pelo próprio lesado (HELMUT KOZIOL, "Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten: Spiegelbild- oder Differenzierungsthese", in *Medizin und Haftung, Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag*, HANS-JÜRGEN AHRENS/CHRISTIAN VON BAR/GERFRIED FISCHER/ANDREAS SPICKHOFF/JOCHEN TAUPITZ (coord.), Springer, Berlim/Heidelberg, 2009, pp. 781-794, p. 784.). De resto, considera-se que não se reúnem sequer os pressupostos lógicos para um raciocínio *a fortiori* a partir do dito princípio, pois não estamos perante realidades comparáveis, já que a responsabilidade do lesante altera de modo essencial a situação de partida: este passa a situar-se nos quadros do *princípio da reparação total*, nos termos do qual aquele que tiver accionado os pressupostos de um *Tatbestand* constitutivo de responsabilidade deve reparar todos os danos daí resultantes que lhe forem imputáveis (DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., p. 124); ofender-se-ia, pois, assim, o princípio da justiça comutativa face aos comandos *neminem laedere* (esfera extranegocial) ou *suum cuique tribuere* (esfera negocial); e, atenta a limitação das situações de repartição dos danos que daqui decorreria, contra o que é socialmente desejável. Todos estes juízos valem para os autores que fincam o fundamento do instituto na pura imputação causal, mas, reconhecendo o carácter inconclusivo deste mero juízo nas

pois, antes de mais, que a actuação concorrentemente lesiva do credor ou lesado se *projecta directamente sobre os seus próprios bens*¹²¹ – pelo que esta sua actuação é geralmente tida como *in suis*, patenteando *uma salvaguarda ou menosprezo dos próprios interesses*. Tal actuação atinge, porém, o lesante/inadimplente na medida em que se considere que este resultado se deve ainda imputar à conduta deste último (lesante/inadimplente), e se lhe *imponha um dever de responder nessa medida perante o primeiro*. Por isso mesmo se compreende que a *correção de tal resultado* se processe através da *rejeição total ou parcial desta deslocação das consequências* da conduta do titular do direito para a esfera do lesante ou devedor. Tal opera, pois, mediante paralisia ou diminuição do direito à indemnização – em face do art. 570.º do CC, é maioritário o entendimento segundo o qual isto se faz por ponderação dos parâmetros da contribuição causal do lesado/credor para o resultado, bem como da medida da sua culpa¹²².

Ora, a referência à contribuição do lesado ou credor para o dano é apta a abarcar duas realidades entre si distinguíveis, ambas encontrando acolhimento

situações de dano indivisível, consideram que a alocação deste requer é feita então por outros critérios – no nosso ordenamento, os patentes no art. 570.º. Tal equivale contudo a insistir num fundamento que não fornece depois o critério para a resolução da controvérsia – e a admitir que a questão se resolverá afinal em sede de repartição dos danos consequentes.

Por isso, as teses de índole objectivista que actualmente mantêm pertinência não se escoram neste argumento de lógica formal, mas sim numa ideia normativa de recorte de esferas de responsabilidade. Estas esferas de responsabilidade, que recortam a imputação objectiva como um nexó de ilicitude, acolhem pois, já em si momentos de censura ético-jurídicos, que traduzem uma aproximação ao – que não identificação com o – juízo de culpa (cfr., entre nós, por todos, ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, II, Principia, Cascais, 2013, por exemplo, pp. 860, 873-874 e 996 e ss.).

¹²¹ Poder-se-ia convocar aqui o enquadramento de uma ideia de *casum sensit dominus*, enquanto descrição factual de um determinado estado de coisas: o de que, em termos factuais, o dano atinge o "dono" dos bens atingidos. Neste sentido ainda factual, porém, tal ideia não tem ainda um *conteúdo normativo de princípio de imputação de consequências jurídicas* – que é o que lhe dá um conteúdo *propriamente jurídico na resolução de controvérsias de justiça comutativa*, como as que estão em causa nos quadros da "culpa do lesado". Sobre a distinção entre aqueles dois sentidos em que a ideia é convocada, DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., pp. 121-123.

¹²² JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, I, cit., pp. 917-918; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito...* cit., p. 783; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, I, cit., pp. 342-343. Na densificação da ideia da gravidade do contributo parece vir subjacente um apelo à ideia de risco, tratando-se de saber em que medida a contribuição causal do lesado e a do lesante aumentaram a probabilidade de ocorrência do dano. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, "Culpa...", cit., pp. 750 e ss., reportando-se, no plano da aferição da *contribuição de cada* sujeito para o dano, à *ponderação valorativa* das condutas do agente e do lesado na perspectiva da sua intensidade, por apelo à graduação da culpa de cada um dos intervenientes e à aptidão de cada uma para provocar consequências danosas (juízo que vem já indiciado pelas conclusões quanto à gravidade subjectiva da conduta). Para lá deste, no plano da fixação do *quantum* indemnizatório, o autor admite a interferência da consideração da existência de suportes financeiros que cubram a responsabilidade do lesante, quando, não sendo grave a conduta contributiva do lesado, possam dela resultar consequências graves e duradouras.

naquele art. 570.º, n.º 1: por um lado, a contribuição daquele na produção do próprio dano-lesão (atinentes à *haftungsbegründende Kausalität*); por outro, a sua contribuição no agravamento – por conduta activa ou passiva – dos danos dela resultantes (atinentes à *haftungsausfüllende Kausalität*)¹²³. Se, em relação ao dano-lesão, a aplicação de um raciocínio de feição causalista encontra dificuldades tanto lógicas – dada a feição unitária do dano e indivisível do processo causal –, como no plano da adequação material dos resultados – dada a sobre-extensão da oneração do lesado que daí resultaria –¹²⁴, já a aplicação de um raciocínio deste género se mostraria sugestiva face aos danos dela resultantes. Afirmar-se-ia, assim, que o montante do dano agravado pelo lesado deveria pura e simplesmente recair sobre a sua esfera, quando fosse causalmente imputável à sua acção, invocando-se aqui uma lógica de interrupção do nexa causal¹²⁵.

¹²³ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A conduta...* cit., pp. 644-647, salientando a dupla vertente deste dever, pese embora a letra do art. 570.º; já antes, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Conculpabilidade...", cit., pp. 146-147, e ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 1971", *RLJ*, 3476, 1972, pp. 165-171, p. 170; DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., *maxime* pp. 167-169.

¹²⁴ Veja-se nota acima no tema da culpa do lesado, na parte relativa à crítica das *Differenzierungsthesen*.

¹²⁵ Vale a pena atentar na esfera anglo-americana, onde a separação entre a "contributory" ou "comparative" "negligence", atinente à contribuição para a causação do dano, e a "mitigation of damages", atinente à não minoração das suas consequências, tem sido vincada ao ponto de uma (mais ou menos desapercebida) antinomia normativa entre os dois institutos (YEHUDA ADAR, "Comparative Negligence and Mitigation of Damages: Two Doctrines in Search of Reunion", 2012, disponível em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2078874> (consultado pela última vez a 01.02.2015), *passim*). Antes de avançarmos, uma precisão terminológica: o termo "contributory negligence" designa a solução em termos de ponderação de contribuições – e não em termos de tudo-ou-nada – no ordenamento inglês, mas já não no americano. Neste último, tendo a introdução da ponderação ocorrido paulatinamente nos vários Estados – e ainda não estando sequer concluída –, foi necessário recorrer a um termo novo, para permitir a coabitação das novas com as antigas soluções – a "comparative negligence", que actualmente conhece ela própria uma versão pura e uma modificada (YEHUDA ADAR, "Comparative...", cit., p. 7, em nota; GARY T. SCHWARTZ, "Contributory negligence under United States law", in *Unification of tort law: contributory negligence*, ULRICH MAGNUS/MIQUEL MARTÍN-CASALS (coord.), Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 223-229, p. 223).

Relativamente a ambos os ordenamentos, pode dizer-se que, em matéria de concorrência de facto do lesado *para o surgimento do dano*, o *princípio predominante* é o da *distribuição das suas consequências entre lesado e lesante, por ponderação da respectivas contribuições causais e graus de culpabilidade*. No Direito inglês, tal vale inequivocamente *para a esfera delitual*, regida pelo "Law Reform (Contributory Negligence) 1945 Act", que manda reduzir a indemnização "to such extent as the court thinks just and equitable having regard to the claimants share in the responsibility for the damage" – disposição face à qual os tribunais têm ponderado a "potência causal" e a culpabilidade da actuação de ambos os intervenientes (W. V. HORTON ROGERS, "Contributory negligence under English law", in *Unification of tort law: contributory negligence*, ULRICH MAGNUS/MIQUEL MARTÍN-CASALS (coord.), Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 57-74, p. 61; JOHN MURPHY/CHRISTIAN WITTING/JAMES GOUDKAMP, *Street on torts*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 197 e ss.; SIR JACK BEATSON/ANDREW BURROWS/JOHN CARTWRIGHT, *Anson's Law of contract*, Oxford University Press, Nova Iorque, 2010, p. 562). Condições para a sua aplicação são que o lesado tenha *actuado também com culpa, aferida de acordo com um standard*

objectivo, temperado, porém, com uma atenção maior às características individuais do lesado/credor (cfr., além das obras já citadas, JOHN MURPHY/CHRISTIAN WITTING/JAMES GOUDKAMP, *Street...*, cit., pp. 189-198, salientando porém que aqui a violação de um "statutory duty" pode também ser havida como "fault"); mas, pela negativa, que a irrazoabilidade e imprevisibilidade da sua conduta não seja tal que se deva entender que esta constitui um *novus actus interveniens*, quebrando a cadeia causal de imputação ao lesante (JOHN MURPHY/CHRISTIAN WITTING/JAMES GOUDKAMP, *Street...*, cit., pp. 173-174, salientando a delicadeza de tal julgamento e, como tal, a fluidez das fronteiras da qualificação de uma conduta como "contributory negligence"). Ora, é entendimento dominante que tal apenas vale quanto à contribuição para o surgimento, e não em matéria de agravamento do dano – valendo para esta a doutrina da "mitigation of loss", de que diremos de seguida (W. V. HORTON ROGERS, "Contributory...", cit., p. 59). Acresce que o diploma apenas restritamente se aplica em sede de responsabilidade contratual: aqui, o diploma apenas se aplica quando o dever violado tiver sido um "duty of care" – e não um "strict contractual duty" – cuja violação funde simultaneamente responsabilidade "in tort" (o que consegue ainda emprestar alguma vigência às disposições em sede contratual, pensadas as hipóteses de "tort of negligence", atinentes à prestação defeituosa de serviços). De resto, em matéria de responsabilidade contratual independente de culpa, vale ainda o princípio rígido do tudo-ou-nada (cfr., quanto a esta matéria, SIR JACK BEATSON/ANDREW BURROWS/JOHN CARTWRIGHT, *Anson's...* cit., pp. 561-563; EDWIN PEEL, *The law of contract*, Sweet and Maxwell, Londres, 2011, pp. 1069-1072), determinando que a indemnização é devida por inteiro a não ser que o acto da parte fiel rompa o nexo de causalidade do acto de incumprimento do devedor, ou que constitua, ele próprio, uma violação do contrato – desde que, em qualquer caso, a actuação do credor seja culposa. Nesta medida, o regime da contribuição culposa no incumprimento contratual aproxima-se do regime da "mitigation of damage", valendo em termos de tudo-ou-nada. A justificação apontada para tal é a de que permitir aqui a ponderação minaria a certeza jurídica que é central no Direito dos contratos inglês, vindo permitir a alteração jurisprudencial da alocação de riscos operada pelo contrato (SIR JACK BEATSON/ANDREW BURROWS/JOHN CARTWRIGHT, *Anson's...* cit., pp. 561-563).

No Direito americano, a abordagem actualmente predominante é a que aplica soluções de "comparative negligence" à contribuição para o surgimento do dano negligentemente provocado (em matéria de "tort", o AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third, Torts, Apportionment of liability*, §§1-End, 2000, disponível em , §§ 1-9 e pp. 5-97, passou tratar expressamente a questão, usando a terminologia "comparative responsibility" – como veremos, na literatura permanece porém a terminologia que se refere à "negligence"; sobre a implantação do instituto no país, cfr. W. PAGE KEETON/DAN B. DOBBS/ROBERT E. KEETON, et al., *Prosser...*, cit., pp. 471 e ss.). Este instituto vale em sede delitual ou contratual, impondo em ambas as sedes idênticos pressupostos: a conduta do lesado/credor deve ter participado da causação de dano a este; deve desrazoável, no sentido de culposa ("faulty and unacceptable, from a social point of view"), o que é julgado de acordo com o critério objectivo do homem razoável colocado em idêntico circunstancialismo, matizado, porém, por uma atenção acrescida aos particularismos do sujeito (AMERICAN LAW INSTITUTE, *Apportionment...*, cit., § 3 e pp. 29-30, não referindo, porém, estes matizes; YEHUDA ADAR, "Comparative...", cit., pp. 15-16 e 18; W. PAGE KEETON/DAN B. DOBBS/ROBERT E. KEETON, et al., *Prosser...*, cit., pp. 453 e ss., relativamente à "contributory negligence"). Cumpridos estes pressupostos, há lugar à ponderação das contribuições do lesante/devedor e do lesado/credor, de acordo com a contribuição causal de cada uma das partes (avaliada de acordo com o grau de risco criado pela conduta de cada uma), bem como do grau de culpa patenteado em cada uma das condutas (YEHUDA ADAR, "Comparative...", cit., p. 20. Esta vale em duas versões, a "pura", em que, independentemente das proporção relativa das contribuições, o autor terá direito a reparação nessa medida; e a "modificada", que rejeita o direito a qualquer reparação ao lesado/credor que tiver contribuído mais do que o lesante/devedor para o dano (tendo assim uma quota de responsabilidade de mais de 50% – cfr. GARY T. SCHWARTZ, "Contributory...", cit., p. 223; para uma terceira versão, "slight-gross system", que deixou entretanto de ser referida, W. PAGE KEETON/DAN B. DOBBS/ROBERT E. KEETON, et al., *Prosser...*, cit., p. 474).

Diferente é a aplicação da doutrina da "mitigation of damage": aqui, a lógica não é a da ponderação da parcela de dano para a qual o lesado/credor contribuiu, mas a sua pura e simples alocação a este último. Vale, pois, aqui, uma lógica de "tudo-ou-nada" similar à que se foi vendo criticada e afastada em relação à produção do próprio dano. Com efeito, a regra central da "mitigation of damage" determina que o lesante/devedor não é responsável perante o lesado/credor se este podia e devia ter evitado tais perdas (YEHUDA ADAR, "Comparative...", cit., p. 8): a parte fiel ou lesado não tem direito a ser compensado por uma perda que efectivamente não se deve à violação do seu direito,

mas sim à falta de adopção por aquele de uma *conduta razoável* na sequência de tal violação. No Direito inglês, encontramos, pois, aqui um juízo paralelo ao da interrupção do nexo causal por *novus actus interveniens* em matéria de surgimento da lesão: da conclusão pela falta de razoabilidade – *hoc sensu, negligência* – da conduta do lesado/credor decorre a paralisia do direito deste à reparação (assim, EDWIN PEEL, *The law...* cit., p. 1065, "the crucial question in each case is whether the claimant has acted reasonably"; cfr. p. 1063, onde o autor defende que o regime da "mitigation" se aplica também aos casos em que o credor negligentemente não se apercebe da violação do dever pela contraparte; ainda em sede contratual, SIR JACK BEATSON/ANDREW BURROWS/JOHN CARTWRIGHT, *Anson's...* cit., p. 555: "the innocent party cannot claim to be compensated by the party in default for loss which is really due not to the breach but to its own failure to behave reasonably after the breach"; em matéria de "torts", JOHN MURPHY/CHRISTIAN WITTING/JAMES GOUDKAMP, *Street...* , cit., p. 684: "where a claimant is negligent after the commission of a tort against him, he cannot recover further damages caused by that carelessness"; criticamente, considerando que, no caso da falta de conduta razoável da parte do lesado, no tocante à mitigação, não constitui um facto extraordinário e inesperado, ao ponto de poder fazer valer a doutrina da quebra do nexo de causalidade, YEHUDA ADAR, "Comparative..." , cit., pp. 32-33).

No Direito americano, o princípio é o de que o autor não tem direito à indemnização dos danos que poderia ter evitado usando de esforços razoáveis, sem risco, encargo ou humilhação indevidos. (Cfr. § 350, 1 e comentário b) do AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Second, Contracts, III, §§ 316-End*, AMERICAN LAW INSTITUTE, 1981, disponível em , pp. 126-127; ARTHUR LINTON CORBIN, *Corbin on contracts, Damages: §§ 990-1101*, LexisNexis, Newark, 2002, p. 207). Entende-se que não há aqui um dever, já que não há qualquer penalização jurídica para o facto de se não levar a cabo a actividade mitigatória – há apenas a perda do direito à compensação (registra-se um apelo frequente à categoria hohfeldiana da "disability" – assim, Justice Burch, em *Rock vs. Vandine*, cit. ap. ARTHUR LINTON CORBIN, *Damages...* cit., p. 210; veja-se também pp. 207-209; W. PAGE KEETON/DAN B. DOBBS/ROBERT E. KEETON, et al., *Prosser...* , cit., pp. 451-452; YEHUDA ADAR, "Comparative..." , cit., p. 17). Os pressupostos são idênticos aqui aos que vimos a propósito da "comparative negligence": o lesado/credor deve ter *negligentemente* causado dano a si próprio; a conduta auto-lesiva situa-se, porém, neste caso, após a consumação da lesão do direito pelo lesante/devedor consumação (YEHUDA ADAR, "Comparative..." , cit., pp. 13, e doutrina aí citada, 18 e 27, onde o autor considera ser decisivo o momento em que a vítima "becomes aware of his becoming a victim of a tort", já que aí deixa de poder alegar que confiava legitimamente que o lesante cumprisse os seus deveres de cuidado em relação a ela). Porém, cumpridos estes pressupostos, o lesado/credor vê rejeitada a sua pretensão à parte dos danos que se considerar causada pela sua conduta. Há aqui, pois, uma aplicação de consequências em termos de tudo-ou-nada, que se opõe-se à ponderação que ocorre nos quadros da "comparative negligence". Também neste ordenamento se cava, pois, um fosso entre os dois institutos. Deve notar-se a invocação de comunhão entre os dois institutos em relação à "seat belt defense", atinente à invocação pelo lesante de que a extensão do dano sofrido pelo lesado se deveu ao facto de este não ter colocado o respectivo cinto de segurança (GARY T. SCHWARTZ, "Contributory..." , cit., p. 224). Esta omissão é, porém, como vimos, de acordo com o critério comumente usado, atinente à "comparative negligence", já que se situa no momento que antecede a consumação da lesão (YEHUDA ADAR, "Comparative..." , cit., pp. 11-13, em nota, e doutrina citada nesta última página).

A potencial antinomia entre a diversidade de soluções para as questões da contribuição para o surgimento da lesão e para a sua extensão e a identidade do respectivo fundamento tem passado relativamente despercebida na esfera anglo-americana. A excepção – de potencial grande relevo, mas, ao que parece, até agora sem grande efeito útil (YEHUDA ADAR, "Comparative..." , cit., pp. 9-10 e 21-22) –, encontra-se no AMERICAN LAW INSTITUTE, *Apportionment...* , cit., § 3, que estabelecendo que a negligência do lesado é aferida pelo standard que determina a negligência do lesante, declarou ainda abolidas "special ameliorative doctrines for defining plaintiff's negligence". Ora, na Nota dos Relatores, esclarece-se, a propósito dos institutos da "mitigation of damages" e das "avoidable consequences", que "[u]nder comparative responsibility, it no longer makes sense to have a plaintiff's negligence constitute an absolute bar to recovery, even for the portion of the plaintiff's injuries caused by that conduct [of negligent failure to mitigate damages] [...] Under comparative responsibility, a plaintiff's negligent failure to mitigate damages is a factor to consider when assigning percentages of responsibility. It does not totally exclude recovery of the damages caused by the plaintiff's failure to mitigate" (AMERICAN LAW INSTITUTE, *Apportionment...* , cit., pp. 39-40). Considera-se, assim, no seio de um sistema que acolhe a "comparative responsibility", problemático o instituto das minoração do dano, propondo a sua eliminação e absorção por aquele outro instituto.

Esses argumentos não têm, porém, sido tidos como decisivos. Prevalece a visão que descortina a intervenção do lesado ou credor ainda no contexto do incumprimento do lesante ou devedor¹²⁶ e que sujeita ainda o dano agravado ou não mitigado à ponderação de acordo com os critérios previstos em geral para as hipóteses de contribuição do lesado¹²⁷. Esse mesmo é o sentido da regulação nacional, que acomuna as duas hipóteses na mesma previsão e lhes atribui iguais consequências. Contra a tentativa de afirmar que a mitigação do dano seria um corpo estranho nessa regulação, milita ainda um argumento sistemático: inserindo-se entre as disposições que regulam a obrigação de indemnizar, a norma dir-se-ia até, em primeira linha, visar apenas as situações de contribuição na produção do

Na doutrina, cfr., por todos, YEHUDA ADAR, "Comparative... ", cit., sobretudo pp. 21 e ss.

¹²⁶ Assim, incisivamente, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A conduta...* cit., pp. 653 e ss., afirmando que tal seria "uma análise falaciosa, esquecendo a *globalidade* da situação e o facto de a conduta do lesado poder ter sido *favorecida* pela acção lesiva, não se mostrando, assim, alheia aos riscos criados pela condição-causa criada pelo lesante"; também pp. 749-750; DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., p. 485, considerando que, apesar das diferentes possibilidades de intervenção do lesante e do lesado na mitigação do dano, não é adequada a resolução da questão logo em sede de imputação objectiva, já que foi o comportamento do lesante a criar o risco de poder haver um comportamento faltoso do lesado no afrontamento dos danos consequentes. Por sua vez, YEHUDA ADAR, "Comparative... ", cit., pp. 31 e 35-37, no plano dos argumentos de eficiência e da justiça, refere os casos em que tanto o lesante, como o lesado, têm iguais oportunidades para proceder à mitigação: o que é visível nos casos de violações continuadas de direitos, mas não só. Pense-se na violação do direito ao bom nome de um homem de negócios, por parte de um jornal; se a vítima não requer a publicação de uma resposta, preferindo, por sensibilidade sua, exigir à entidade em causa que verifique as suas fontes e publique uma retratação e, dada a demora desta entidade em dar execução a tal, a vítima sofre danos profissionais – nesta hipótese, ambos os intervenientes tiveram iguais hipóteses de mitigação dos danos. Ora, tal torna pouco evidente a eleição do "least cost avoider". O autor (pp. 38-40) salienta ainda que, dada a complexidade das decisões envolvidas no processo de mitigação, o facto de o lesado poder errar nessa decisão é muitas vezes previsível para o lesante – e, sob esse ponto de vista, é uma consequência previsível da sua conduta faltosa, devendo como tal o seu custo estar a cargo pelo lesante. No plano da justiça, o autor conclui de um modo muito similar ao que vimos a propósito dos outros dois autores citados nesta nota: "the main problem with mitigation is that it gives insufficient weight to the fact that the very need to face these complex decisions is a direct and foreseeable consequence of an unlawful act perpetrated by the tortfeasor against the victim of the tort".

¹²⁷ Acomunando simplesmente as duas hipóteses, cfr., por exemplo, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, I, cit., pp. 917-918; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito...* cit., p. 783, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, I, cit., pp. 342-343; JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito...I*, cit., pp. 521-523. É o que acontece na maioria dos países tidos em conta no relatório de Direito comparado atinente à "contributory negligence", elaborado pelo European Centre of Tort Law (ULRICH MAGNUS/MIQUEL MARTÍN-CASALS, "Comparative conclusions", cit., p. 263), sendo neles maioritário o "apportionment also of the aggravated part of the damage" e minoritária a exclusão da compensação da perda resultante da falta de mitigação. Quanto ao Direito alemão, veja-se a bibliografia citada em DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., pp. 163-166; o autor clarifica, em sede de análise dos trabalhos preparatórios do § 254 do BGB, que não foi intenção do legislador indiciar qualquer separação material entre a "Mitverschulden" nas hipóteses de culpa na produção da lesão (§ 254, I) ou no agravamento da sua extensão (§ 254, II), destinando-se a referência expressa à contribuição assente no não evitar ou não minorar os danos apenas na clarificação da relevância de comportamentos omissivos do lesado para estes efeitos. Veja-se ainda HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Schadenersatz*, cit., p. 577

dano de cálculo, que modela tal obrigação.

São claras desde logo as atinências, mas também as diferenças face a certas condutas aqui valoradas: sobretudo, a da causação do sinistro e a de não prevenção do sinistro e minoração das suas consequências. Num primeiro relance, a proximidade parece extrema, estando em ambos os casos em causa a contenção de danos provocados na própria esfera, ou numa esfera a que se tem acesso privilegiado, e que serão suportados pelo credor desse "dever" de mitigação.

Mostra-se conveniente, pois, começar por salientar as diferenças. Aquelas exigências de conduta relevam da *relação jurídica fundada pelo contrato de seguro*, vista como relação jurídica complexa com eixo no princípio da boa fé. É o princípio da boa fé o eixo de sentido e, ao menos no tocante ao núcleo destas posições, sua fonte indirecta – em termos de, se, *na sua expressão nuclear*, tais posições não resultassem da lei ou do contrato, vir o princípio directamente fundá-las. Para lá das possibilidades de fundamentação da boa fé, face à sindicância da actuação de terceiros que, depois de, de modo especialmente censurável, atentarem contra os interesses seguros, se dirijam a requerer o pagamento da prestação seguradora, poderão intervir, para além das previsões legais ou contratuais, outros parâmetros próprios do contacto extranegocial – *maxime*, o abuso do direito (*tu quoque*), a ordem pública e os bons costumes. Porém, estes parâmetros não esgotam ainda a explicação da vigência destas exigências de conduta; para as compreender urge não perder de vista que elas são antes de mais um expediente de delimitação do risco aceite, não sendo todas as suas manifestações legítimas reconduzíveis àquelas cláusulas gerais¹²⁸.

Na génese destas posições jurídicas não há, pois, ao contrário do que acontece em relação às posições jurídicas que resultam para o lesado ou credor em sede de contribuição para o dano, *a violação de qualquer direito do segurado, tomador ou beneficiário. Não é por o segurador ter violado qualquer direito daqueles sujeitos que irrompem estes deveres ou esta exclusão*; irrompem, sim, de *certas normas*

¹²⁸ Basta ilustrar tal face à boa fé, dotada de maior capacidade expansiva do que os outros dois parâmetros (JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato, As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 540 e ss.): a capacidade geradora do princípio da boa fé não se manifesta já face a recortes maximalistas daquelas exigências de conduta, operados pela lei ou por contrato – vg., a boa fé não funda a não cobertura de sinistros negligentes; como não funda, na generalidade dos casos, exigências de não agravamento do risco coberto.

legais ou contratuais – que, no seu cerne, são decantações da boa fé, e/ou, eventualmente, do abuso do direito, ordem pública e os bons costumes, mas que servem concorrencial ou exclusivamente um escopo de limitação do risco coberto –, as quais impõem, num circunstancialismo em que a prestação do segurador-devedor é *directamente dependente de actos atinentes à esfera de controlo do tomador-, segurado- ou beneficiário-credor, deveres de cooperação a este último*. O *dever de prestação do segurador* com o qual estes deveres – *hoc sensu*, a sua violação –, ou exclusão do risco, são aptos a interferir é, pois, *um dever primário e principal de prestação, e não um dever secundário ou um dever de indemnizar de fonte legal*¹²⁹.

Esta diferenciação deve permitir-nos contemplar de um modo não toldado a proximidade especialmente existente entre os deveres de salvamento e os "deveres" de mitigação do dano impostos ao lesado ou credor em sede de responsabilidade civil. Como começámos por ver, em ambos os casos está em causa uma actividade de cooperação para mitigação de um dano, dano este que irá determinar a dimensão da prestação do outro sujeito implicado – prestação principal do segurador ou indemnizatória do lesante/devedor. Tal "dever" tem, num caso ou noutro, um sentido de cooperação, já que as possibilidades de intervenção na dimensão do dano estão na esfera de controlo ("Machtbereich") do lesado ou segurado, na qual é vedado ao lesante ou segurador interferir¹³⁰. Acresce que, no contexto da mitigação do dano, pode falar-se também de *uma relação jurídica especial*, mesmo nas situações de responsabilidade civil extracontratual, entre lesante e lesado – relação jurídica essa atinente ao crédito indemnizatório sobre cujo montante a conduta do

¹²⁹ Na separação entre um e outro é incontornável, na doutrina portuguesa, MANUEL GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, I, s. ed., Lisboa, 1944, pp. 352. Na doutrina seguradora, cfr., por exemplo, HORST BAUMANN, "Quotenregelung contra Alles-oder-Nichts-Prinzip im Versicherungsfall – Überlegungen zur Reform des § 61 VVG", *r+s*, 1, 2005, pp. 1-10, p. 3; HORST BAUMANN, "§ 81 Herbeiführung des Versicherungsfalles", in *Bruck/Möller, III*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/KATHARINA JOHANNSEN/RALF JOHANNSEN (coord.), *De Gruyter Recht*, Berlim, 2010, pp. 250-340, p. 261, salientando que, embora a ponderação operada nos quadros do § 254 possa conferir algum apoio às ponderações a operantes em sede de causação do sinistro – ao tempo, nos quadros projectados para o novo regime da causação do sinistro – já que ambos se reportavam à medida da contribuição causal, bem como da culpa, era central não olvidar que o segurador não intervinha aqui como lesante, mas como contratualmente obrigado a um dever de responder análogo ao dever de um garante; no mesmo sentido, DIRK LOOSCHELDERS, "Rettungsobliegenheit des Versicherungsnehmers und Ersatz der Rettungskosten nach dem neuen VVG", in *Medizin und Haftung, Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag*, HANS-JÜRGEN AHRENS/CHRISTIAN VON BAR/GERFRIED FISCHER/ANDREAS SPICKHOFF/JOCHEN TAUPITZ (coord.), Springer, Berlim/Heidelberga, 2009, pp. 835-855, p. 838.

¹³⁰ DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., pp. 168-169; em termos de considerações económicas, tal equivaleria a identificar no lesado o "least cost avoider" – cfr. YEHUDA ADAR, "Comparative..." cit., pp. 30-31.

lesado é apta a actuar. Tal cria um *campo sugestivo* para a convocação do *princípio da boa fé* na resolução de problemas atinentes à *exigibilidade da actuação mitigadora*¹³¹. Vemos, pois uma proximidade ao nível do fundamento dos deveres em causa.

Não se pode, contudo, perder de vista que, *no caso da culpa do lesado*, o "dever" de mitigar *é consequência da violação de um direito, relativo ou absoluto, ou de uma norma de protecção de um direito*. É esta a marca de água deste dever, cunhando a sua intencionalidade e os seus limites e dando especial protagonismo à consideração de que o lesado, ao actuar, salvaguarda os seus próprios interesses; e é a mesma consideração que leva a que se rejeite aqui a valia explicativa da boa fé¹³². Diferentemente, a marca de água dos *deveres atinentes ao risco e ao sinistro é, centralmente, a boa fé concretizada no contexto do contrato de seguro* – mas a boa

¹³¹ Cfr., entre nós, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Anotação... 4 de Maio de 1971", cit., pp. 169-171, considerando que "o lesado só é obrigado a adoptar as medidas idóneas a impedir o agravamento do dano quando tal lhe seja imposto pela boa fé", impondo, vg., uma reparação urgente que possa ser feita sem apreciável sacrifício pelo lesado; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 731-735; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 92; sobre o tema, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A conduta...* cit., pp. 659-661. Na Alemanha, a fundamentação do instituto por apelo à boa fé, na vertente da proibição do *venire contra factum proprium*, foi aceite por parte importante da doutrina (REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., pp. 109 e ss.) e fez também, desde os anos '60 carreira na jurisprudência dos tribunais superiores – o acórdão fundador desta linha argumentativa foi o ac. do BGH de 14 de Março de 1961, processo n.º VI ZR 189/59, atinente a um caso em que o lesado sofreu danos corporais por o carro onde viajava, que o condutor, sem ser em tal contrariado pelo lesado, deixou conduzir por um outro passageiro que ambos sabiam não ter carta de condução, ter sofrido um acidente (HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Schadenersatz*, cit., pp., 548-549; REINHARD GREGER, "Mitverschulden und Schadensminderungspflicht – Treu und Glauben im Haftungsrecht?", *NJW*, 1985, pp. 1130-1134, p. 1131; como se vê no texto do aresto citado (pp. 656-658), a invocação da boa fé, enquanto proibição do *venire contra factum proprium*, para fundar a alocação de parte de responsabilidade ao lesado, serviu de alavanca à viragem da recondução de tal responsabilidade ainda a um consentimento do lesado – que paralisaria a partilha da responsabilidade em casos como este – em direcção à sua recondução à actuação a risco próprio).

¹³² JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A conduta...* cit., pp. 666-667, onde o autor salienta a "diversidade genética das duas relações e a ausência, no período anterior e posterior ao surgimento da obrigação de indemnização, daquela *confiança intersubjectiva* que justifica uma colaboração recíproca entre os contraentes"; o autor tem, porém, aqui marcadamente em vista apenas o contexto da responsabilidade aquiliana. Surge no seu pensamento também como decisiva a ideia de que se está perante a salvaguarda dos interesses próprios do lesado, da qual só reflexamente o lesado aproveita, não se podendo aqui falar de qualquer conduta exigível; em Portugal, ainda EDUARDO SANTOS JÚNIOR, ""Mitigation...", cit. p. 364. Cfr. também DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., pp. 168-169 e 462-464; em geral, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Schadenersatz*, cit., pp. 548-549, considerando que o § 254 não tem uma ligação mais forte ao § 242 do BGB do que a generalidade da ordem jurídica civil. O laço resultante da ocorrência de dano não é comparável ao laço resultante da palavra dada; assim, a invocação deste princípio deve ser evitada, por ser apta a gerar equívocos. Criticando a convocação do critério na resolução de casos controvertidos, por ser um modo de introduzir soluções de pura equidade, imprevisíveis para os afectados, REINHARD GREGER, "Mitverschulden und Schadensminderungspflicht – Treu und Glauben im Haftungsrecht?", cit., pp. 1130-1132.

fê funciona logo como identificador da alocação de riscos contratuais, impondo que se tenha especialmente em conta o sentido e função do contrato de seguro. Mesmo para lá das possibilidades de fundamentação fornecidas pelo princípio, invocando-se o abuso do direito, a ordem pública ou os bons costumes, as duas constelações não se dissolvem: a pretensão do beneficiário é situada fora dos limites da cobertura por força da especial gravidade de um atentado aos bens em causa, atentado este que não ocorre no contexto de um outro atentado anteriormente operado pelo segurador. Mais notória é ainda a distância quando a exigência de conduta apenas se pode dizer radicada na autonomia privada, não defluindo de outro modo de qualquer destes parâmetros: estaremos aqui perante uma delimitação do dever principal de prestar do segurador, geralmente predisposta por ele mesmo no clausulado.

Como veremos, pois, ao longo do trabalho, na determinação dos pressupostos da perda de direitos pelo segurado relevam argumentos de *preservação do sentido útil do contrato* – que não são já cardeais em sede de culpa do lesado¹³³.

§2 Exclusão da cobertura de riscos. Remissão.

Seria, *primo conspectu*, clara a distinção entre uma exclusão de risco e a previsão de um determinado dever de comportamento. No primeiro caso, tratar-se-ia da delimitação, pela via da excepção, do objecto contratual, por circunscrição dos eventos que condicionam o dever de prestar do segurador. A verificação dos factos descritos num destes *Tatbestand* deveria determinar, pois, simplesmente, que o dever de prestar do segurador não chegaria, no caso, a constituir-se. Já no segundo caso, estaríamos perante a criação de exigências de adopção de determinada conduta pelo segurado – aqui, o preenchimento do *Tatbestand* apto a desencadear consequências desfavoráveis para o segurado explicar-se-ia numa constelação de incumprimento de dever contratual, requerendo, por isso, ao menos, *prima facie*, de acordo com as regras gerais, a causalidade e a culpa no incumprimento. Mais favorável ao segurado é, pois, a conclusão no sentido de que se trata *in casu* de um dever de comportamento. Com efeito, o problema da qualificação como exclusão é, adiantemos desde já, o da falta de um regime próprio destas figuras – mais ainda, a falta de um regime que garanta ao segurado que não bastará uma qualquer conduta

¹³³ Espúria é, por isso, a invocação do instituto da culpa do lesado pelo ac. recorrido citado no ac. do STJ de 26 de Novembro de 2002, Processo n.º 02A3560, como fonte de ponderação de uma eventual redução do dever principal de prestação do segurador.

sua para comprometer a cobertura¹³⁴.

A distinção entre uma e outra das figuras é, na prática, melindrosa: a previsão de que não haverá lugar a prestação *quando ocorra ou deixe de ocorrer certo facto, por sua vez dependente de um comportamento do segurado, mostra-nos um território de fronteira*. Pense-se na hipótese de exclusão da cobertura de sinistros causados com dolo ou culpa grave do segurado; ou na exclusão da cobertura do furto ocorrido no imóvel quando as janelas não fossem fechadas na ausência do segurado. Numa primeira aproximação, pareceremos estar tão próximos de uma exclusão de riscos ou da previsão de um pressuposto negativo de um dever de prestar do segurador – ocorrendo certo facto, não há lugar à sua prestação – como da contrariedade a um dever de conduta (ou ónus) – a consequência vem responder à não adopção de certo comportamento exigido.

A dúvida coloca-se especialmente a propósito de dois conjuntos problemáticos: o regime da causação culposa do sinistro; e o dos deveres laterais de fonte contratual cujo incumprimento é, sem mais, fulminado com a recusa de direito à contraprestação¹³⁵. É, pois, nos locais respectivos que abordaremos a questão.

¹³⁴ Donde, em ordenamentos, como o francês, que limitem expressamente os termos em que podem ser pactuadas exclusões, a questão colocar-se-á necessariamente de modo diverso. À face da ordem jurídica francesa, o momento da sindicância da modelação contratual do risco ocorre mediante a qualificação de uma cláusula como exclusão: o controlo acontece então por referência à exigência legal de que se trate de uma exclusão *formal e limitada* (L131-1). É por esta via que o Tribunal superior tem arredado, por exemplo, as cláusulas que impõe deveres gerais de prevenção, mesmo que estas não se apresentem contratualmente como exclusões. Encontramos em alguma doutrina o questionamento deste modo aproblemático como a Cassação reconduz as cláusulas ao regime da excepção, perguntando-se porque hipotizou, vg., a Cassação, tratar-se da criação de um dever cujo não cumprimento desse lugar a indemnização, nos termos das regras gerais (Leduc *in* HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 520-522). Tornaremos *infra* a aludir a este regime.

¹³⁵ Assim, REVISTA DOS TRIBUNAIS, "Responsabilidade civil por acidentes de viação", *Revista dos Tribunais*, 1963, pp. 195-201, 245-253, 296-301, 348-353/ 1964, pp. 8-17, 62-69, 108-115, 162-168, 208-215, 251-256, 308-314, 357-362, 408-415, 460-466/ 1965, pp. 19-24, 72-77, 99-106, 152-158, 195-200/ 1966, pp. 401-406, 449-457/ 1967, pp. 58-64, 103-108, 153-160, 202-207, 243-250, 294-305, 348-352, 403-407, 438-441/ 1968, pp. 64-70, 115-120, 156-161, 213-222, 252-262, p. 104, n.º 101, a propósito da cláusula que impunha a participação do risco ao segurador no prazo de oito dias sob pena de não lhe poder ser exigida qualquer responsabilidade ao abrigo da apólice, considera que se está perante uma exclusão de responsabilidade.

II. 3. Fundamentação sistemática

§1 Substrato económico: sustentabilidade financeira face à assimetria informativa

O substrato económico-financeiro do seguro emerge, em várias sedes, com relevo contratual. É assim para quem convoque na compreensão do seguro os interesses de uma comunidade de segurados, afectada pela sorte de cada contrato. Mesmo que não se adopte este ponto de vista, tal substrato não pode ser perdido de vista para perceber que problemas práticos procuram as normas resolver e dar-lhes a interpretação teleologicamente ajustada a tal desiderato. Acresce que é por vezes o próprio regime legal a nomear a técnica seguradora como critério – como acontece face às normas sobre discriminação, bem como sobre o agravamento do risco.

É, pois, mister que se lance alguma clareza sobre este ponto.

A. Introdução. O risco estatisticamente mensurável enquanto pedra-de-toque da afirmação da actividade económica seguradora

Em termos muito esquemáticos, o seguro explica-se na troca de uma prestação certa, materializada no prémio, por uma prestação incerta, a efectuar pelo segurador em caso de materialização de um evento que ameaça um interesse do segurado¹³⁶ – a situação de exposição à possibilidade de uma perda incerta configura, neste contexto, o risco¹³⁷. Assistimos, pois, a uma inversão do ciclo de produção¹³⁸: *o preço do serviço é estabelecido antes de o segurador conhecer o correspondente*

¹³⁶ A abordagem do seguro mediante esta ideia esquemática que contrapõe um pagamento certo a um incerto surge, por exemplo, em KARL H. BORCH, *Economics of insurance*, Elsevier, Amsterdão/Nova Iorque/Oxford/Tóquio, 1990, p. 1; também ROBERT KAST/ANDRÉ LAPIED, *Economics and finance of risk and the future*, John Wiley and Sons, West Sussex, 2006, p. 2, reconduzem o risco financeiro a uma situação em que "[a] money amount (certain) is transformed into a list of possible future payments". Uma das vias possíveis para libertar o portador do risco, no todo ou em parte, deste encargo, seria o contrato de seguro, pelo qual se transferiria o risco de um agente económico (segurado) para outro (segurador).

¹³⁷ Teremos na presente exposição ocasião de ilustrar a polissemia do termo "risco" (cfr. também, a propósito desta polissemia, JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, "Risco, transferência de risco, transferência de responsabilidade na linguagem dos contratos e da supervisão de seguros", in *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, RUY DE ALBUQUERQUE/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coord.), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 277-354, pp. 278-279 e 315 e ss.). No contexto do contrato de seguro, este é geralmente usado com o sentido referido em texto – surgindo porém também a assimilação do risco ao próprio evento, ou classe de eventos, incerto(s).

¹³⁸ Assim, na literatura jurídica, MAURICE PICARD/ANDRÉ BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, pp. 18-19.

custo, que só conhecerá efectivamente depois de regularizar todos os sinistros ocorridos durante o exercício. Se a necessidade de obter segurança face à incerteza se afirmou desde tempos antigos, a forma como se logrou este desiderato sofreu mutações ao longo da História, moldando-se com as alterações do ambiente cultural, como científico.

As referências a uma mutualidade de segurados que reciprocamente se garantem são atinentes à técnica outrora dita de "moderne rationelle Versicherung"¹³⁹ e que hoje podemos já dizer tradicional. Esta técnica assenta, como melhor veremos, na constituição de uma *mutualidade com verdadeiro sentido económico*: é o grupo de sujeitos expostos a um mesmo risco que, através das respectivas contribuições calculadas de acordo com os métodos estatísticos, logra reunir um fundo comum bastante para afrontar as perdas que provavelmente se registarão no conjunto, que assim reciprocamente se garante¹⁴⁰.

Aquela necessidade de garantia contra perdas eventuais era antes assegurada por mecanismos assentes na pura diluição dos danos potenciais por um património alargado, constituído pela adjunção de várias contribuições de interessados¹⁴¹ ou pela implicação de vários patrimónios não directamente expostos ao risco, mas dispostos a aceitar a transferência das respectivas consequências em busca de lucrar com a respectiva não concretização¹⁴². Estes expedientes assentavam, assim, na

¹³⁹ ALFRED MANES, *Versicherungswesen, I, Allgemeine Versicherungslehre*, Springer, Wiesbaden, 1922, p. 21. Já assim em ALFRED MANES, *Versicherungswesen*, B. G. Teubner, Leipzig, 1905, p. 16.

¹⁴⁰ Cfr. o nosso MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida...* cit., pp. 171-173. Como aí sublinhámos, "[a] combinação de riscos que tem lugar face à técnica seguradora tradicional [...] não é um mero corolário da contratação do seguro, por um número amplo de sujeitos, com o mesmo segurador. Com efeito, é da agregação desses riscos que surge a possibilidade do cálculo dos custos a incorrer pelo segurador com a sua cobertura; por outro, são os sujeitos que fazem ingressar tais riscos na dita comunidade quem, na base daquele mesmo cálculo, procede ao financiamento da sua cobertura: os prémios são calculados por referencia ao risco, sendo o prémio pago por cada um proporcional ao risco que faz entrar na mutualidade. Bem se compreende que nesta sede se possa falar de uma *mutualidade*: a combinação de riscos cria, aqui, uma verdadeira *comunidade dotada de sentido económico*".

¹⁴¹ Aludimos aqui às formas de previdência mútua que abundaram na Antiguidade e Idade Média – compreendendo, por exemplo, os "èranoi", os "collegia", as gildas, as "opere pie"... (ANTONIO LA TORRE, *L'Assicurazione nella Storia delle Idee*, Suplemento ao n.º 5/1995 da Revista "Assicurazioni", Istituto Nazionale delle Assicurazioni, Florença, 1995, pp. 7 e ss.). Como observa ALFRED MANES, *Versicherungswesen 1905*, cit., pp. 20-21, aqui um grupo de sujeitos próximos agrega-se com base num sentimento de comunidade e de insegurança pessoal para suportar conjuntamente uma necessidade patrimonial que se produz em relação aos membros isolados ("eine Gruppe sich nahestehender Personen aus dem Gefühl der Gemeinschaft und der persönlichen Unsicherheit heraus sich zusammenschließt, um einen Vermögensbedarf, welcher dem einzelnen Mitglieder erwächst, gemeinsam zu tragen").

¹⁴² Sobretudo na cobertura de riscos ligados ao transporte marítimo, mediante expedientes que vinham já da Antiguidade – cfr. ANTONIO LA TORRE, *L'Assicurazione nella Storia...*, cit., pp. 48 e ss.; refere também este carácter de "jogo de azar" do seguro prévio às técnicas modernas, LUIZ DA

distribuição do dano que se viesse a verificar: deles estava ausente a quantificação prévia, caucionada por métodos científicos, de tais danos – convivendo, assim, com tais expedientes um grau ainda elevado de incerteza, ora vertida sobre os garantidos, que poderiam receber um montante inferior à perda verificada, ora sobre os garantes, que poderiam prestar montantes de tal ordem que os deixassem em situação de insolvência. Apenas a incorporação das técnicas da estatística na oferta de cobertura contra o risco veio permitir antecipar com aproximação razoável o dito pagamento incerto e portanto mobilizar para ele pagamentos certos em montante bastante. Com isto, adquiriu tal garantia contra riscos a sustentabilidade necessária à sua prossecução continuada em moldes empresariais. Por outro lado, da banda da procura de seguros, agudizou-se ao longo do séc. XIX a consciência das necessidades de cobertura¹⁴³. Com o que, na dinâmica entre as possibilidades da oferta e as necessidades da procura, a actividade seguradora atingiria a sua verdadeira emancipação económica.

As técnicas associadas à estatística exigiram, como veremos de seguida, a tomada em consideração de situações de exposição ao risco com características homogéneas. Esta homogeneização é lograda não só pela selecção de segurados, mas ainda por via do recorte jurídico do produto que se oferece – por via do jogo do recorte primário e secundário do risco. Está, pois, directamente ligada à conformação dos contratos através de cláusulas contratuais gerais¹⁴⁴ – que ao mesmo tempo servem e potenciam também a contratação massificada que convém à construção da mutualidade.

CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial português, II*, Edições José Bastos, Lisboa, 1916, p. 498.

¹⁴³ ALFRED MANES, *Versicherungswesen 1905*, cit., pp. 24-25, salienta este ponto, aludindo ao liberalismo do séc. XIX, onde, com o recuo tanto do Estado, como de corpos sociais intermédios, se assistiu à perda de estruturas protectivas do *indivíduo*, deixando-se clara a sua vulnerabilidade. O autor salienta (pp. 25-27), paralelamente, enquanto traço desta evolução, os desenvolvimentos que se deram na própria estrutura da oferta de seguros, onde, à semelhança do que aconteceu na banca, se assistiu a uma cartelização do mercado e ao protagonismo das sociedades por acções (cfr. ANTONIO LA TORRE, *L'Assicurazione nella Storia...*, cit., pp. 168-171, salientando o papel das grandes empresas seguradoras, a par do desenvolvimento técnico, a partir da segunda metade do séc. XVIII, para esta mudança decisiva no mercado de seguros). A oferta destes seguros modernos far-se-á, pois, tipicamente através de grandes unidades económicas, com poder de modelação do mercado. Esta ideia é importante para mitigar uma certa ideia de dinâmica entre dois lados – oferta e procura – equipotentes. Dada a sua concentração, ao lado da oferta de seguros assistirá – lembrando os ensinamentos do Professor que homenageamos – um poder de actuar estrategicamente sobre o mercado – poder que, ao longo do séc. XX e do actual, será também usado para criar necessidades do lado da procura de serviços de cobertura contra riscos (cfr. ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES, *Os sistemas económicos, Génese e evolução do capitalismo*, Serviços de Acção Social da U.C., Coimbra, 2009, pp. 269 e ss.).

¹⁴⁴ Realça-o MEINRAD DREHER, *Die Versicherung...* cit., pp. 16-17 e 21 e ss.

Não sendo estáticas nem as solicitações da procura de cobertura contra riscos, nem a vontade dos ofertantes de as acomodar, essa técnica não se pode dizer actualmente a única que se compagina com a prossecução sustentável da actividade seguradora. É, pois, hoje vista sobretudo no seu papel de trave mestra da estruturação da actividade seguradora em moldes que lhe garantiram a sustentabilidade e deram verdadeiro sentido económico – e daí que surja, a mais de um século de distância de Manes, vista já como tradicional.

A técnica tradicional do seguro reporta-se à mensuração estatística para, através da lei dos grandes números, prever as perdas que o segurador sofrerá em carteira¹⁴⁵. Aqui, o segurador reúne em carteira um grande número de situações individuais de exposição dotadas o mais possível de homogeneidade, podendo então mobilizar a probabilidade real de materialização desse risco – e previamente estimada, face a dados do passado – para determinar com aproximação razoável qual o número de indivíduos afectados e qual o valor da perda total. Com efeito, para um dado tipo de exposição à perda, *a dispersão da distribuição das perdas em relação às perdas médias para esse universo tende a diminuir com o aumento do número de unidades de exposição consideradas*¹⁴⁶. Tal é uma premissa da técnica

¹⁴⁵ Veja-se, a este propósito, na literatura económica, DAVID B. HOUSTON, "Risk, insurance and sampling", in *Essays in the theory of risk and insurance*, J. D. HAMMOND (coord.), Scott, Foresman and Company, Glenview, 1968, pp. 150-186, *passim*; JAMES L. ATHEARN/S. TRAVIS PRITCHETT/JOAN T. SCHMIT, *Risk and insurance*, West Publishing, St. Paul/Nova Iorque/Los Angeles/São Francisco, 1989, pp. 52 e ss.; ROBERT KAST/ANDRÉ LAPIED, *Economics...* cit., esp. pp. 98-101; EMMET J. VAUGHAN/THERESE M. VAUGHAN, *Fundamentals of risk and insurance*, John Wiley and Sons, Hoboken, 2014, pp. 36 e ss.; GEORGE E. REJDA/MICHAEL J. MCNAMARA, *Principles of risk management and insurance*, Pearson, Boston/Columbus/Indianapolis/ et. al., 2014, pp. 39-42. Em língua portuguesa, veja-se o nosso MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida...* cit., pp. 153 e ss.

¹⁴⁶ Na sua formulação mais simples, a lei dos grandes números implica que à medida que o tamanho de uma amostra aumenta – neste caso, à medida que o número de unidades de exposição observadas aumenta –, a diferença entre a probabilidade teórica ou real de dada ocorrência e a sua frequência relativa esperada diminui, aproximando-se de zero quando o tamanho da amostra se tornar igual ao tamanho da população total (cfr., por exemplo, EMMET J. VAUGHAN/THERESE M. VAUGHAN, *Fundamentals...* cit., p. 36). Ou seja, a frequência observada de uma ocorrência tende para o valor da probabilidade correspondente à totalidade da população à medida que o número de observações tende para infinito. Como diremos em texto, tal permite ao segurador calcular o valor base para estabelecimento do prémio: o prémio puro, que deve corresponder ao valor das perdas esperadas (valor exposto ao risco multiplicado pela probabilidade média da ocorrência de perda). Ora, ao fazer este cálculo, o segurador corre ainda um risco: o do afastamento desfavorável dos concretos resultados verificados na sua carteira face à média em causa, em lugar de coincidirem com o valor desta ou gravitarem numa órbita dela mais próxima. Numa ilustração muito simplificadora: suponha-se, face à cobertura do risco de morte, que a esperança média de vida é de 80 anos. Esse é, porém, apenas o valor médio: os concretos segurados tanto podem morrer com idades em torno desse número, como, em alguns casos, morrer aos 98, ou 100, ou, para o que aqui releva, aos 20 ou 30 anos. O risco que o segurador enfrenta é exactamente o da dispersão dos concretos resultados face à

estatística, valendo tanto para a elaboração das estatísticas que norteiam a previsão, como para o universo cuja evolução se procura prever – as esferas de risco contempladas na carteira do segurador – e que naturalmente deve reproduzir as condições em que a previsão foi feita.

O segurador logra, pois, antecipar o número das situações de exposição ao risco ingressadas na sua carteira que serão atingidas pelo sinistro; da mesma feita, correspondendo todas a um montante sensivelmente idêntico de perdas, consegue também determinar o valor das perdas que sofrerá face a determinado tipo de risco. Poderá então distribuir esse valor pelos segurados abrangidos nesse grupo, dividindo o valor das perdas totais esperadas face àquele tipo de riscos pelo número de segurados. Este fornece a base de cálculo do prémio a cobrar a cada segurado: o *prémio puro*. O valor das perdas esperadas ou prováveis é, porém, um valor médio; o segurador enfrenta, como vimos, o risco de as reais perdas verificadas na sua

média, em termos que lhe sejam desfavoráveis – por isso, ao valor do prémio puro acresce (entre outras parcelas) uma almofada financeira destinada a absorver este risco de dispersão dos concretos resultados. Para a sustentabilidade do segurador, é, pois, decisivo passar do mero patamar da média para o patamar da dispersão dos resultados em torno dessa média. Entramos aqui em linha de conta com as medidas de dispersão. Ora, também por referência a estas se exprime a lei dos grandes números, determinando, numa outra formulação, que há uma relação inversamente proporcional entre o número de unidades de exposição e o desvio padrão, também por essa via operando a tendência para a aproximação da frequência relativa observada em relação ao valor da probabilidade real da ocorrência. (cfr. EMMET J. VAUGHAN/THERESE M. VAUGHAN, *Fundamentals...* cit., p. 39; JAMES L. ATHEARN/S. TRAVIS PRITCHETT/JOAN T. SCHMIT, *Risk...* cit., pp. 39-40). Assim, dada uma população de n riscos independentes e correspondentes a uma distribuição probabilística igual, se tais riscos forem mutualizados e depois igualmente partilhados entre os n agentes seguros, cada risco terá a mesma média, mas uma variância dividida por n . Sobre os mesmos pressupostos relativos aos riscos se constrói a acção de um vector de diversificação, que resulta de a variância referida aos n riscos ser menor do que a soma das variâncias individuais – veja-se ROBERT KAST/ANDRÉ LAPIED, *Economics...* cit., pp. 90-91. Assim, no limite, a carteira mais eficaz seria uma que perequacionasse determinado risco relativamente a toda a humanidade. Para finalmente se articular o relevo destas formulações da lei dos grandes números com o modo de fazer estimativas na sua base, deve entrar-se em linha de conta com um outro teorema constituinte da lei dos grandes números, e que a veio desenvolver em âmbitos onde estava muito relevantemente em causa controlar riscos de erro – cfr. ROBERT KAST/ANDRÉ LAPIED, *Economics...* cit., p. 98). Trata-se do teorema do limite central (cfr., por exemplo, DAVID B. HOUSTON, "Risk, insurance...", cit. p. 174; GEORGE E. REJDA/MICHAEL J. MCNAMARA, *Principles...* , cit., p. 41), segundo o qual a distribuição do valor médio de uma variável aleatória se aproximará de uma distribuição normal à medida que o valor da amostra aumenta. Ora, numa distribuição normal, 68,27% dos valores observados situar-se-á no intervalo delimitado pela frequência média apurada para a amostra, somada ou subtraída do valor do desvio padrão; 95,45% dos valores observados situar-se-á no intervalo delimitado pela frequência média apurada para a amostra, somada ou subtraída de duas vezes o valor do desvio padrão; e 99,73% dos valores observados situar-se-á no intervalo delimitado pela frequência média apurada para a amostra, somada ou subtraída de três vezes o valor do desvio padrão (trata-se da “regra 68-95-99,7”, que vale exactamente para todas as distribuições normais – cfr. CARLOS TENREIRO, *Notas de Métodos Quantitativos*, 2004, disponível em <http://www.mat.uc.pt/~tenreiro/apontamentos/NMQ0404.pdf> (consultado pela última vez a 15.10.14), pp. 58-64). Vemos, pois, que, com a diminuição da variância trazida com o aumento do número das unidades consideradas, estes intervalos serão cada vez mais próximos do valor correspondente à frequência média.

carteira terem uma elevada medida de dispersão (num sentido que lhe seja desfavorável) em torno desta média – um risco que é aquele a que o segurador está verdadeiramente exposto nos quadros desta técnica¹⁴⁷ e que vimos tender a diminuir com o aumento do número de unidades de exposição homogêneas em carteira. Como tal, ao prémio puro acrescerá ainda um *safety loading* para acautelar este risco de dispersão dos resultados; e acrescer-lhe-ão ainda outras parcelas destinadas a compensar custos de contratação e gestão da carteira tidos pelo segurador e assegurar-lhe ainda um lucro.

Com o seguro, cada segurado passa, pois, a enfrentar uma perda certa, correspondente ao valor total do prémio – de montante superior ao da perda esperada (atinentemente apenas ao prémio puro), mas em todo o caso menor do que a perda incerta que ameaça o seu património. Ao contrário do que aconteceria se o segurado retivesse na sua esfera o risco, não tem, pois, que pôr de parte todo o valor da perda futura¹⁴⁸; basta-lhe abdicar do valor do prémio, construído, como vimos, a partir da média do valor esperado de perdas a incorrer nesse período pelo segurador relativamente àquela classe de riscos. No agregado, tal corresponde a uma considerável libertação de recursos, que ficam assim disponíveis para potencial aplicação produtiva. Por outro lado, o segurador canaliza também para investimento os montantes que lhe são entregues a título de prémio.

O facto de o cálculo do prémio assentar na média das perdas esperadas dentro da mesma classe de riscos faz do seguro um mecanismo ao serviço de um certo tipo de solidariedade: a solidariedade não entre titulares de maiores e menores rendimentos, mas entre portadores de riscos mais e menos graves. Essa solidariedade entre os melhores e os piores riscos é tanto maior quanto mais distantes fossem as perdas médias para o sub-grupo dos piores riscos e o dos melhores riscos dentro da mesma classe¹⁴⁹.

¹⁴⁷ E por isso é dito o "risco do segurador". Apontando também um risco do segurador atinente à dispersão dos resultados, cfr. O. D. DICKERSON JR., "A conceptual framework for insurance theory", *The review of insurance studies*, 1, 1955, pp. 26-28, p. 29; DAVID B. HOUSTON, "Risk, insurance...", cit., pp. 158 e ss.; mais recentemente, por exemplo, GEORGE E. REJDA/MICHAEL J. MCNAMARA, *Principles...*, cit., pp. 3-4 e 42.

¹⁴⁸ Não o rentabilizando, ou, na melhor das hipóteses, fazendo dele aplicações de baixa rentabilidade e elevada liquidez DAVID B. HOUSTON, "Risk, insurance...", cit., pp. 175-176.

¹⁴⁹ Cfr. BERNARD DUBUISSON, "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances, Nouveau débat, nouvelles questions", in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Bigot*, JÉRÔME KULLMANN (coord.), L.G.D.J., Lextenso Éditions, Paris, 2010, pp. 105-123, p. 106-111, realçando, na p. 110, o (só aparente) paradoxo de um melhor conhecimento do risco por parte do segurador, permitindo a formação de grupos mais restritos, não favorecer a solidariedade entre segurados. A

Para que se possa *determinar de antemão a distribuição das perdas correspondente aos riscos em carteira* – que é, frise-se, a pedra de toque desta técnica de afrontamento do risco –, devem as situações de exposição incluídas na carteira do segurador, bem como as perdas de cuja probabilidade se afere, ser idealmente dotadas de certas características: em grande medida, as próprias do método da amostragem estatística aleatória¹⁵⁰. As situações de exposição ao risco devem ser em grande número, homogéneas, ser independentes entre si face àquele risco e corresponder a uma amostragem aleatória; devem corresponder a perdas objectivamente determináveis e acidentais e cuja distribuição de probabilidades seja conhecida. Vimos já por que razão devem as unidades de exposição em carteira ser *em grande número* – só assim se garante a operatividade da lei dos grandes números. Para que a dispersão dos concretos resultados seja a menor possível, devem ainda tais unidades ser o mais possível *homogéneas*¹⁵¹ – ou seja, idênticas em termos de características relevantes para aquele tipo de perda –, tanto qualitativa, como quantitativamente, devendo ter uma perda esperada/valor de prémio puro idêntico. Esta homogeneidade postula, como vimos acima, que o segurador separe os segurados em classes, de acordo com a classificação dos riscos de que se sirva¹⁵².

formação de grupos com perfis de risco menos homogéneos leva, assim, a que o prémio praticado para o conjunto seja superior ao praticado num grupo mais homogéneo e correspondente a um perfil de risco menor. Veremos abaixo que tal disparidade prejudica os seguradores que formem classes mais amplas de riscos face aos que formem classes mais restritas, por força do fenómeno da selecção adversa.

¹⁵⁰ Assim, não relevam aqui requisitos como o praticabilidade económica, referido por JAMES L. ATHEARN/S. TRAVIS PRITCHETT/JOAN T. SCHMIT, *Risk...* cit., p. 56, segundo o qual a dimensão da perda esperada deve ser significativa para o segurado e o custo do seguro deve ser pequeno quando comparado com aquela. Na verdade, tal critério procura determinar qual o comportamento que o consumidor de seguros deve racionalmente adoptar – configura um “ditame dos princípios da boa gestão e do senso comum” (EMMET J. VAUGHAN/THERESE M. VAUGHAN, *Fundamentals...* cit., p. 43), nada dizendo quanto aos requisitos de funcionamento da técnica tradicional que é nosso fito descrever em texto.

¹⁵¹ Trata-se, é bom de ver, de uma homogeneidade não absoluta – como é próprio dos processos de atribuição de probabilidade estatística, e não matemática. Como veremos abaixo, este aspecto é central na obra de Knight, sendo o cordão pelo qual passa a gradação das manifestações de incerteza *lato sensu*.

¹⁵² O que torna esta técnica mais similar a uma amostragem aleatória estratificada – cfr. DAVID B. HOUSTON, “Risk, insurance...”, cit., pp. 172 e 181-182. Por simplificação, pressupomos que o segurador reparte os segurados em classes não só para efeitos de cálculo do prémio puro aplicável a cada uma, mas também para efeitos de cobrança efectiva do prémio assente nessa base. Estes dois momentos não são, porém, indissociáveis: o segurador pode dividir os segurados em classes para efeitos do cálculo do prémio puro correspondente a cada classe, visando com essa maior homogeneização de cada classe uma maior precisão na previsão das perdas esperadas relativas a cada uma, mas depois reagrupar os segurados numa classe mais ampla, fazendo em relação a esta

Devem ainda ser *independentes entre si para efeitos do risco em causa* – no sentido de o facto de o risco se precipitar em sinistro numa delas não agravar a probabilidade de tal acontecer face às restantes esferas (não estando tais riscos positivamente correlacionados). Assim não será, muito relevantemente, no caso dos riscos catastróficos, que afectam simultaneamente um grande número de unidades de exposição¹⁵³; ou de riscos de desemprego, já que as várias unidades de exposição são afectadas pela mesma conjuntura económica, para cujo agravamento por sua vez revertem; como também não será na garantia contra riscos de saúde, face a esferas que se coloquem mutuamente riscos de contágio. Não se cumprindo este pressuposto, não se logra desde logo o financiamento cruzado de uns segurados pelos outros, por se encontrarem todos igualmente afectados. Devem ainda *corresponder a uma amostragem aleatória – hoc sensu*, não devem traduzir um universo onde as perdas potenciais sejam à partida maiores do que as que valem, em geral, para aquele tipo de riscos, por terem buscado protecção através do seguro em causa exactamente as esferas ameaçadas por riscos de mais provável ou mais gravosa concretização (*selecção adversa*). Quanto às perdas potenciais, estas devem ser *objectivamente determináveis* – de outro modo, o segurador não se poderá certificar de que ocorreram. Devem ainda ser *acidentais* – e não *potestativas*, no sentido de a sua ocorrência estar dependente de um acto de vontade do segurado – já que, assim não sendo, não haverá possibilidade de prever com segurança o número de sinistros, que pode, aliás, ser determinado pela intenção do segurado de receber o capital seguro. Até aqui, indicamos no fundo os critérios que permitem a aplicação de um método de amostragem estatística aleatória¹⁵⁴. Para que este método sirva, porém, a previsão de perdas futuras, é ainda necessário que tais

classe o cálculo do prémio a cobrar a cada segurado, mediante ponderação do prémio puro apurado em relação a cada sub-classe. Face a esta classe mais alargada teremos uma manifestação de solidariedade mais intensa. Cfr. DAVID B. HOUSTON, "Risk, insurance...", cit., pp. 181-182.

¹⁵³ Cfr. ROBERT KAST/ANDRÉ LAPIED, *Economics...* cit., p. 94; DAVID B. HOUSTON, "Risk, insurance...", cit., pp 171-172 fala a este propósito da "independência espacial" dos riscos, para designar o carácter não catastrófico das perdas. O seguro destas será ainda possível dentro da técnica da mutualidade, porém, quando for possível alargar a mutualidade de tal modo que as situações de exposição nela incluídas deixem de se encontrar positivamente correlacionadas (cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Livro verde sobre os seguros contra catástrofes...* cit., p. 8).

¹⁵⁴ Cfr. DAVID B. HOUSTON, "Risk, insurance...", cit., pp 171-172. O autor refere ainda o requisito da constituição de uma "almofada financeira" ("buffer fund") para cobrir perdas inesperadas atinentes ao "risco do segurador", sendo como que um correlato do que na análise estatística decorre do reconhecimento de erros de amostragem. Parece-nos, porém, que aqui já estamos para lá das características que devem ter os elementos analisados, e sim perante a identificação de limitações ao funcionamento do processo.

perdas tenham uma distribuição de probabilidades conhecida¹⁵⁵. Não poderão, pois, corresponder a eventos irrepetíveis, ou que ocorram apenas um pequeno número de vezes – como é corrente no caso de riscos catastróficos –, ou a riscos novos. De outro modo, não haverá qualquer valor antecipável de perdas esperadas em torno do qual o segurador possa organizar a sua actividade.

As características que acabámos de enunciar correspondem a um funcionamento ideal da técnica seguradora baseada na estatística. Na verdade, tais características são, na sua maioria, graduáveis, sendo ainda a técnica tradicional mobilizável quando o desvio a uma ou outra característica não seja muito significativo. Assim, a técnica tradicional convive, vg., com um certo grau de correlação entre riscos, de risco moral ou de selecção adversa, desde que seja possível antever também esses desvios e reflecti-los desde logo nos cálculos do segurador.

Em suma: a especificidade desta técnica manifesta-se por esta permitir uma *distribuição das perdas prévia à respectiva ocorrência*, e por tal distribuição implicar exactamente o *conjunto dos sujeitos ameaçados por aquele tipo de perda*. É a este respeito que cobra, pois, sentido autónomo a mutualidade dos segurados, no âmbito da qual se procede exactamente à mutualização dos riscos¹⁵⁶.

B. O risco e a incerteza: a distinção proposta por KNIGHT e o seu relevo para a compreensão do real substrato técnico dos seguros

Vimos que, relativamente aos seguros e num nível de relativa concretude, o termo "risco" é geralmente invocado enquanto situação de exposição à possibilidade de uma perda incerta. Pensado por referência à prática do segurador, vale enquanto risco-variabilidade face às perdas associadas a determinado conjunto de situações de exposição, caracterizador da dispersão das perdas em carteira que é necessário acautelar para a sustentabilidade do segurador. Convocando o pensamento de KNIGHT, encontramos um outro sentido do termo "risco", com ressonância na teoria económica dos seguros, desta feita pertencendo a um nível mais abstracto: o risco inere a uma situação de incerteza em sentido lato em que a *distribuição dos*

¹⁵⁵ Assim, vg., JAMES L. ATHEARN/S. TRAVIS PRITCHETT/JOAN T. SCHMIT, *Risk...* cit., p. 57.

¹⁵⁶ Apelam a um "princípio da mutualidade" ROBERT KAST/ANDRÉ LAPIED, *Economics...* cit., esp. pp. 90 e 92-93.

*resultados associados a um determinado conjunto de casos ou exemplos é conhecida*¹⁵⁷.

Dentro das situações de risco descritas por KNIGHT, distinguia o autor entre aquelas em que era possível a atribuição de probabilidades *a priori*, dada a absoluta homogeneidade dos casos considerados (vg., uma moeda lançada ao ar cair com a face "caras" voltada para cima), e aquelas em que, dada a falta de tal absoluta homogeneidade, a distribuição probabilística dos resultados apenas pode ser conhecida mediante extrapolação a partir de uma série de experiências, de acordo com os métodos da inferência estatística¹⁵⁸. A técnica seguradora reporta-se, segundo o autor, a estes fenómenos de risco mensurável pela atribuição de probabilidades estatísticas¹⁵⁹. Aos fenómenos de risco, contrapunha KNIGHT as situações de incerteza (em sentido próprio), para as quais não era conhecida tal

¹⁵⁷ FRANK H. KNIGHT, *Risk, uncertainty and profit*, Augustus M. Kelley, Nova Iorque, 1964, pp. 233-234. Data do mesmo ano da primeira edição da obra de Knight – 1921 – a obra de JOHN MAYNARD KEYNES, *A treatise on probability*, Macmillan and Co., Londres, 1921, igualmente votada à investigação filosófica da incerteza e do seu impacto sobre as decisões dos agentes económicos (cfr. JOSÉ MANUEL GONÇALVES SANTOS QUELHAS, *Sobre as crises financeiras, o risco sistémico e a incerteza sistemática*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 156, n. 161, e WILLIAM B. GREER, *Ethics and uncertainty: the economics of John M. Keynes and Frank H. Knight*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2000, pp. 7-8). Na obra de Knight, como decorrerá da exposição, as probabilidades são concebidas como qualidades do mundo exterior, podendo ser objecto de conhecimento; porém, o autor dá relevo às "estimativas de probabilidades" (cfr., por exemplo, p. 228: "the estimate [...] of the probability that the outcome of a situation will be that which A has predicted") – ou seja, a probabilidades subjectivas – no domínio do afrontamento da verdadeira incerteza. Já Keynes concebe aqui a probabilidade relevante para a lógica nos moldes das teorias subjectivas: com carácter epistémico, enquanto grau de crença racional numa proposição, caucionado por uma certa quantidade de conhecimento. O carácter destas probabilidades não é, porém, puramente subjectivo, como decorre já do uso do termo racional, já que o autor defende que face ao conhecimento de um certo conjunto de factos, o grau de crença a atribuir *racionalmente* a dada proposição não depende de opinião, impondo-se a qualquer sujeito. Pode, pois, dizer-se que a teoria de Keynes é "objectiva ao nível do conhecimento" – cfr. JOHN MAYNARD KEYNES, *A treatise...* cit., pp. 2-3, e, para a expressão citada e a comparação referida, MANUEL JACINTO NUNES, "A incerteza keynesiana", in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor João Lumbrales*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2000, pp. 643-672, pp. 666-668. Quando cotejada com a obra de Knight, a referida obra de Keynes não teve uma repercussão comparável na literatura económica relativa aos seguros – o que talvez tenha alguma relação com o facto de Keynes não se prender com a avaliação dos riscos que relevam para o "normal business of insurance", mas referir a prática seguradora exactamente face a riscos não passíveis de mensuração e avaliação numérica (pp. 22-24); ou, mais plausivelmente, se prenda com o abandono pelo autor, nas suas obras de maior repercussão, da concepção de probabilidade então defendida, em prol de uma concepção totalmente subjectivizada. Sobre esta viragem que o pensamento de Keynes viria a conhecer, JOSÉ MANUEL GONÇALVES SANTOS QUELHAS, *Sobre as crises...* cit. pp. 160 e ss..

¹⁵⁸ Retirando-se, pois, de um número significativo de experiências na sequência da sua realização – *a posteriori*, portanto. Difere, assim, das hipóteses em que tal distribuição probabilística é, na terminologia de Knight, cognoscível mediante cálculo *a priori*. Cfr. FRANK H. KNIGHT, *Risk...* cit., *maxime* 224-225.

¹⁵⁹ FRANK H. KNIGHT, *Risk...* cit., por exemplo, pp. 213, 226, 233, 245.

distribuição de probabilidades de resultados, já que não era possível formar grupos de casos com homogeneidade bastante para extrair conclusões em relação a estes. Em relação a estes resultados, não era já possível apurar probabilidades objectivas, mas apenas *formular estimativas*. Estas situações estariam, pois, para lá das fronteiras da segurabilidade na sua feição típica – o que não implicava que estivessem excluídas, na prática, do acesso a cobertura: a descrição por KNIGHT dos métodos de afrontamento da incerteza é recheada de exemplos extraídos da prática seguradora¹⁶⁰.

Esta última observação prende-se, aliás, com uma outra, que nos parece do maior interesse. Com efeito, de uma leitura atenta da obra de KNIGHT, resulta que, mais do que perante uma dicotomia, estamos, na verdade, aqui perante uma escala gradativa, que se exprime numa *tricotomia de situações de probabilidade*, assente no grau de homogeneidade dos casos ou exemplos¹⁶¹: num extremo temos a absoluta homogeneidade dos casos (excepto no tocante a factores verdadeiramente indeterminados), que caracteriza o que o autor designa por probabilidades *a priori*; no outro extremo, já no plano da incerteza, temos as meras estimativas, aplicáveis face a casos cuja falta de homogeneidade não permite agrupar através de uma classificação; entre estes pólos, temos as probabilidades estatísticas, atinentes ainda ao risco, e que podem ser mobilizadas face a grupos de casos dotados de homogeneidade significativa, mas não absoluta. A incerteza em sentido lato não se

¹⁶⁰ FRANK H. KNIGHT, *Risk...* cit., pp. 248-251, onde o autor refere a cobertura dos riscos de acidente e de doença como exemplos de casos em que uma descrição objectiva e classificação dos riscos é impossível, aludindo ainda às coberturas invulgares oferecidas pelos "underwriters" da Lloyd's. Também Keynes, como referimos já, invoca a prática seguradora contra a pretensão de que todas as probabilidades possam ser medidas e estimadas numericamente: "[i]t is sufficient for the underwriter if the premium he names exceeds the probable risk" (JOHN MAYNARD KEYNES, *A treatise...* cit., pp. 22-23).

¹⁶¹ Veja-se FRANK H. KNIGHT, *Risk...* cit., sobretudo pp. 224-226, 230-231 e 246-247, e JOCHEN RUNDE, "Clarifying Frank Knight's discussion of the meaning of risk and uncertainty", *Cambridge Journal of Economics* 5, 1998, pp. 539-546, pp. 540-542. Para Knight, a questão da possibilidade de *classificação dos casos*, para apurar a sua *maior ou menor homogeneidade*, é uma questão decisiva, já que a sua análise assenta numa premissa causalista, segundo a qual "things similar in some respects will behave similarly in certain other respects even when they are very different in still other respects", sendo as propriedades para o efeito relevantes limitadas em números e em modo de associação de modo a permitir a respectiva cognoscibilidade (pp. 203 e ss., esp. pp. 207-208). Nesta visão determinística da realidade, o lugar da incerteza – conquanto não isento de ambiguidade – parece pois provir da imperfeição do conhecimento sobre a realidade. Assim, "a existência de novas informações tenderia a esmaecer o papel que o próprio Knight reservou para a incerteza no âmbito do sistema económico" – cfr. JOSÉ MANUEL GONÇALVES SANTOS QUELHAS, *Sobre as crises...* cit., sobretudo pp. 154-155. Mais conclusivamente, afirma o autor em ANA PAULA QUELHAS/JOSÉ MANUEL GONÇALVES SANTOS QUELHAS, *Da improficiência dos modelos de avaliação de activos – riscos emergentes ou incerteza sistemática?*, Separata do BCE LIII, 2010, 2011, p. 23, que "este *continuum* impediu Knight de cumprir integralmente o seu propósito de diferenciar entre risco e incerteza".

exprime, pois, em duas realidades estanques, numa gradação – as situações que na realidade se colocam distribuem-se, pois, entre os pólos desta escala.

Como é bom de ver pela própria análise de KNIGHT – que tão pouco tem por objecto precípuo formular considerações sobre a natureza do seguro, mas sim sobre a natureza do lucro, alicerçada na separação entre risco e incerteza – esta observou aquilo que já fertilmente brotava no terreno económico: o desenvolvimento da indústria seguradora apoiada sobre a ciência estatística. Como tal, obviamente que já antes do escrito do autor encontramos a definição do seguro por referência a esta técnica e aos respectivos requisitos – que tinha, aliás, ao tempo, protagonismo indisputado na organização da oferta de seguros¹⁶².

Como pensamos decorrer da exposição, as técnicas que expusemos em cima pressupõem exactamente que o risco em causa seja estatisticamente mensurável e por isso previsível com razoável aproximação. Apenas face a um risco cuja distribuição de probabilidades seja conhecida se logra repartir *de antemão* as perdas esperadas pelo conjunto dos sujeitos expostos ao mesmo risco – portanto pelas ditas situações homogéneas de exposição, fazendo apelo à mutualização dos riscos¹⁶³. Não sendo já aquela probabilidade cognoscível *antes da ocorrência de sinistros*, não é por sua vez possível operar também *a priori* uma distribuição das perdas, já que o montante destas apenas com a ocorrência dos sinistros se deixa conhecer. Aqui, será necessário encontrar métodos de financiamento da cobertura que acomodem graus mais elevados de imprevisão, suportando *a posteriori* as perdas verificadas – será, destarte, necessário romper com a mutualidade.

Esta separação entre risco, atinente a *probabilidades objectivamente mensuráveis*, e incerteza, *facultando meras estimativas*, forneceu um eixo relevante para a construção e questionamento da própria noção de seguro face a outros instrumentos disponíveis nos mercados financeiros – especialmente considerados os desenvolvimentos que o mercado dos seguros viria a conhecer e que o viriam a

¹⁶² Basta pensar em ALFRED MANES, *Versicherungswesen 1905*, cit. pp. 1-5; cfr. ainda ANTONIO LA TORRE, *L'Assicurazione nella Storia...*, cit., pp. 168-171.

¹⁶³ ROBERT KAST/ANDRÉ LAPIED, *Economics...* cit., esp. pp. 90 e 92-93. Ainda que com risco de redundância, seja-nos permitido salientar que esta referência a uma distribuição de probabilidades que, através da experiência passada modelada pela estatística, é conhecida antes da ocorrência do sinistro é bem diversa daquilo que Knight designa como probabilidades *a priori*, cognoscíveis antes de qualquer experiência.

aproximar daqueles outros¹⁶⁴. E, para o que aqui sobretudo importa, configura o ponto de apoio mais profícuo para comparar o modo como a técnica seguradora foi sendo considerada para efeitos da definição do seguro na análise económica e na análise jurídica. Não só por *fornecer instrumentos analíticos que permitem dissociar diferentes manifestações de incerteza em sentido lato e fazer-lhes corresponder técnicas de afrontamento também diversas*; mas também porque a *compreensão gradativa* de KNIGHT acolhe bem o permanente confronto com a prática a que a ciência dos seguros está sujeita.

Aqui se esgotam, porém, os modestos propósitos da convocação do pensamento de KNIGHT – transcende em muito o presente escrito uma tomada de posição quanto à natureza do risco e da incerteza económicos. De resto, para que o diálogo com o autor prossiga de modo proveitoso, impõe-se duas chamadas de atenção. Uma primeira para salientar que, a um nível de reflexão sobre a própria produção de conhecimento, as probabilidades devem ser consideradas como epistémicas ou subjectivas – isto é, enquanto medidas numéricas do grau de crença em determinada proposição¹⁶⁵. Em texto, vimo-nos referindo de um modo relativamente despreocupado às (distribuições de) probabilidades objectivas e subjectivas, visando manter os termos usados na generalidade da literatura sobre seguros e evitar níveis acrescidos de complexidade. Cremos que o sentido desta referência foi ficando claro, mas aproveitamos o ensejo para o descrever. Assim, referimos como probabilidades objectivas aquelas que correspondem a um juízo caucionado pela ciência estatística. Probabilidades subjectivas exprimem um juízo que não logra já fundar-se nesta ciência – vg., por não haver um número de observações passadas suficiente. Estas fundar-se-ão noutra tipo de raciocínios – *maxime*, analógicos – e admitem a interferência de factores não racionais.

Uma segunda chamada de atenção serve-nos para adiantar que o referente da

¹⁶⁴ Esta importação da distinção proposta por Knight para a compreensão da evolução do mercado segurador por relação com os mercados financeiro é, na literatura recente, levada a cabo por ROBERT KAST/ANDRÉ LAPIED, *Economics...* cit., *maxime* pp. 85-86: "[t]he Knightian distinction is relevant for insurance and finance businesses, which separated because each of them concentrated on some kind of risks (in the original general sense). Examples of insurable and uninsurable risks relate respectively to situations of risk and to situations of uncertainty. However, insurance and finance industries that had split apart for many centuries after the concept of risk appeared, have merged again during the 20th century."

¹⁶⁵ Cfr. JONATHAN BARON, *Thinking and deciding*, Cambridge University Press, Cambridge/Melbourne/Nova Iorque/Madrid, 2007, pp. 104 e ss. Pode, pois, dizer-se que têm carácter epistémico, não sendo uma propriedade do mundo real. Era já desse sentido que partia Keynes, no *Treatise on Probability*, dando a estas probabilidades subjectivas um sentido "objectivo ao nível do conhecimento" (MANUEL JACINTO NUNES, "A incerteza keynesiana", cit., pp. 666-667).

prática seguradora é, de um modo pacífico, reconhecido no risco, e não bipartido em referências ao risco e à incerteza. Excepto quando o contrário for exigido para clareza da exposição, também aqui manteremos essa referência unitária ao risco. Na verdade, poucas vezes estamos perante manifestações práticas de risco ou incerteza (em sentido próprio) num estado puro – e tão-pouco, lembre-se, foi como fenómenos que se manifestassem de modo monolítico que KNIGHT os concebeu. Assimilaremos, pois, a um conceito unitário – o do risco – estas manifestações que a prática mostra terem composições variadas: não há porque criar uma estanquicidade conceptual entre ocorrências que não a têm. De resto, a actividade seguradora, quando pensada de um modo economicamente sustentável, pressupõe sempre a limitação das perdas que possam precipitar-se na esfera do segurador – assenta, pois, exactamente no afastar de uma incerteza "radical".

Do lado da literatura económica, a divisória entre risco e incerteza está presente na discussão do conceito de seguro que se travou ao longo sobretudo do século XX, onde se digladiaram sobretudo duas teses. Enquanto que uma delas define o seguro através da técnica de *pooling de riscos*, assente na estatística¹⁶⁶, a

¹⁶⁶ Os autores invocam sobretudo a linhagem de Alfred Manes – cfr., por exemplo, DAVID B. HOUSTON, "Risk, insurance...", cit., pp. 172-173. ALFRED MANES, *Versicherungswesen 1905*, cit., pp. 1-5, descreveu os seguros como "auf Gegenseitigkeit beruhende wirtschaftliche Veranstaltungen zwecks Deckung zufälligen schätzbaren Vermögensbedarfs": como organizações económicas (ou seja, baseadas na onerosidade e também numa racionalidade económica, consubstanciando um meio mais eficiente de atingir o fim em causa do que a sua prossecução pelos agentes isolados) assentes na mutualidade para efeitos da cobertura de necessidades patrimoniais acidentais (para o autor, implicando tal que na medida do possível estivesse excluída a provocação voluntária do sinistro por aquele a quem a compensação fosse prestada) e avaliáveis. Para o que aqui importa, saliente-se o relevo dado pelo autor à mutualidade, que refere como o que é característico no seguro, pressupondo uma pluralidade de esferas económicas, que consciente ou inconscientemente estão ligadas entre si de tal modo que a prestação de cada uma pode em caso de necessidade servir a qualquer das outras. Esta seria uma exigência base de qualquer seguro. Esta característica entrelaça-se com a da possibilidade de avaliação/determinabilidade, já que o autor entendia por esta a mensurabilidade estatística das necessidades patrimoniais: cada seguro deveria assentar nas regras que ditam a regularidade dos fenómenos acidentais. Não seria pensável um seguro racional sem informações estatísticas pelo menos aproximativas sobre a necessidade futura (pp. 9-10). Inclui também a referência ao *pooling* de riscos a definição dada pela *Commission on Insurance Terminology* da *American Risk and Insurance Association*, segundo a qual o seguro constitui "*the pooling of fortuitous losses by transfer of such risks to insurers, who agree to indemnify insureds for such losses, to provide other pecuniary benefits on their occurrence, or to render services connected with the risk*" (no *Bulletin of the Commission on Insurance Terminology of the American Risk and Insurance Association*, cit. ap. GEORGE E. REJDA/MICHAEL J. MCNAMARA, *Principles...*, cit., p. 20). Se bem que a teoria aponte a esta definição a intenção de conciliar as duas perspectivas em causa, é certo que a referência à mutualização não deixa de estar presente. Mais recentemente, manifestaram-se também a favor da compreensão do seguro fundamentalmente como *pooling* de riscos, por exemplo, JAMES L. ATHEARN/S. TRAVIS PRITCHETT/JOAN T. SCHMIT, *Risk...* cit., p. 50 e 52 e ss.; também GEORGE E. REJDA/MICHAEL J. MCNAMARA, *Principles...*, cit., pp. 20-21, referem o *pooling*

outra vê-o como transferência de riscos¹⁶⁷.

Diga-se, porém, que desde o início o debate não se apresenta dogmático, mas pragmático – o facto de se curar aqui não de mera ciência, mas de uma prática seguradora não admitiria aliás posições de intransigência. O pragmatismo vem por inerência com a visão do seguro como transferência de risco: aqui, extravasa-se as fronteiras de uma técnica determinada, e outorga-se a qualificação aos expedientes que cumpram tal função de transferência. Mas tão-pouco a referência à técnica da mutualização dos riscos foi concebida em termos fechados ou exclusivos pelos autores que vêem naquela o cerne do seguro. É geral a referência por vários destes autores às práticas de seguro que não se coadunam com esta técnica – o que parece estar sobretudo em causa é determinar se esta técnica se pode dizer ser a típica da actividade seguradora¹⁶⁸.

como elemento típico do seguro; fazem-no contudo sem tomar propriamente posição quanto à natureza do seguro, mas limitando-se antes a desenvolver os elementos da definição proposta já pela *Commission on Insurance Terminology*.

¹⁶⁷ Invoca-se aqui a linhagem de Pfeffer. Para Irving Pfeffer, *Insurance and Economic Theory*, Richard D. Irwin, Homewood, Illinois, 1956, cit ap. DAVID B. HOUSTON, "Risk, insurance...", cit., pp. 170-171, o seguro seria um mecanismo de redução da incerteza de uma das partes, chamada segurado, através da transferência de certos riscos para outra parte, chamada segurador, o qual oferece reparação, ao menos em parte, das perdas económicas sofridas pelo segurado. O autor chama já a atenção para que muitas das operações de seguro efectuadas prescindem da técnica do *pooling* – assim, vg., no caso do seguro dos riscos associados à energia nuclear, ou de muitos dos riscos cobertos pela Lloyd's. Esta visão é invocada, por exemplo, por ROBERT KAST/ANDRÉ LAPIED, *Economics...* cit., p. 2, que recortam o contrato de seguro como aquele pelo qual se transfere o risco de um agente económico (segurado) para outro (segurador) – e, para o que aqui releva, simultaneamente frisam a aproximação deste expediente de afrontamento de um risco financeiro aos expedientes disponibilizados pelos mercados financeiros.

¹⁶⁸ Note-se que o próprio ALFRED MANES, *Versicherungswesen 1905*, cit. p. 4, chama a atenção para a relatividade temporal dos conceitos económicos ("es gibt keine wirtschaftliche Begriffsbestimmung, welche eine absolute Richtigkeit für alle Zeiten hat) e para a necessária acomodação das alterações da prática. Também Knight alude tanto ao caso extremo dos riscos invulgares cobertos pela Lloyd's, como aos elementos de singularidade presentes em coberturas mais comuns, como a de incêndio; e não parece, na sua análise, pressupor que a técnica assente na estatística tenha que estar no centro da actividade do segurador para que este se mantenha financeiramente são. Segundo o autor, "[i]t is therefore seen that the insurance principle can be applied even in the almost complete absence of scientific data for the computation of rates. If the estimates are conservative and competent, it turns out that the premiums received for insuring the most unique contingencies cover the losses; that there is an offsetting of losses and gains from one venture to another, even when there is no discoverable kinship among the ventures themselves. The point seems to be, as already noticed, that the mere fact that judgment is being exercised in regard to the situations forms a fairly valid basis for assimilating them into groups. Various instances of the exercise of (fairly competent) judgment even in regard to the most heterogeneous problems, show a tendency to approach a constancy and predictability of result when aggregated into groups" (FRANK H. KNIGHT, *Risk...* cit., pp. 250-251 realçados nossos). Como melhor veremos em texto, o agrupamento possível dos casos dotados de heterogeneidade a partir do que estes ainda tivessem em comum, mediante um exercício subjectivo de julgamento operado por um sujeito especializado dariam caução bastante a tal actividade. Mais restritivo se mostra DAVID B. HOUSTON, "Risk, insurance...", cit., pp. 172-173. O autor reconhece que a técnica tradicional de cobertura era, na sua pureza, uma visão mais teórica do que chegada às reais práticas do mercado – estas melhor captadas

Parece actualmente predominante no discurso da teoria económica uma concepção pragmática, mais amoldada à visão do contrato de seguro como transferência de risco e da actividade seguradora como gestão de riscos ("risk management")¹⁶⁹. Esta é a que melhor acomoda, de resto, o panorama do mercado de seguros, onde nem as técnicas de afrontamento de riscos se têm mantido estáticas – do lado da oferta de seguros –, nem as necessidades de cobertura face a riscos não caracterizados por aqueles traços inibiram a respectiva procura. Não se pode, pois, actualmente dizer que o âmbito que extravasa a técnica tradicional se trate apenas de um domínio lateral, atinente a riscos mais ou menos exóticos – desmente-o não só o relevo económico do seguro de riscos catastróficos¹⁷⁰, como o crescente grau de incerteza que se tem insinuado um pouco pelos vários ramos e, de modo relevador, no bastião do seguro assente na estatística: o seguro de vida¹⁷¹. É, aliás,

pela visão do seguro como transferência de riscos. Tal técnica ainda lhe parecia, porém, a decisiva: pesando embora a aceitação de outros riscos pelo segurador, que lhe suscitavam o uso de outras técnicas, seria a técnica associada ao *pooling* a garantir a sua sustentabilidade financeira. Se o segurador se abalçava a conferir aquelas garantias ao segurado, era por força dos recursos financeiros libertados pela técnica da mutualidade. Em termos práticos, a definição das fronteiras do seguro não lhes advinha da técnica, mas sim de considerações de mercado – existência de oferta de determinada cobertura a um preço que a procura se disponha a pagar –, a par de sócio-legais – determinado tipo de coberturas era rejeitado pela lei ou pelos valores sociais dominantes. Também JAMES L. ATHEARN/S. TRAVIS PRITCHETT/JOAN T. SCHMIT, *Risk...* cit., pp. 60-64, não deixam de se referir ao seguro de riscos invulgares ou catastróficos.

¹⁶⁹ Assim, vg., KARL H. BORCH, *Economics...* cit., pp. 2 e 315; WALTER KARTEN, "How to Expand the Limits of Insurability", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 85, 1997, pp. 515-522, pp. 515-516. Mais recentemente, e de um modo muito claro, EMMET J. VAUGHAN/THERESE M. VAUGHAN, *Fundamentals...* cit., p. 41, definem o seguro na perspectiva do indivíduo segurado, como um mecanismo para a transferência do risco *mediante substituição de uma perda incerta de grande dimensão por uma perda certa de pequena dimensão*. Esta definição é vista como correcta, já que está presente em todos os mecanismos que se podem designar por seguro, e está presente apenas face a estes, enquanto que o mecanismo do *pooling* está presente apenas em relação a parte dos mecanismos de seguro. Cfr. ainda a expressão usada por D. J. P. Hare e que citaremos de seguida em texto.

¹⁷⁰ Sobre as tendências crescentes da evolução dos danos causados por riscos catastróficos nos países do Espaço Económico Europeu, veja-se COMISSÃO EUROPEIA, *Livro verde sobre os seguros contra catástrofes...* cit., pp. 3 e ss., e, quanto à tendência também crescente para que esses riscos se encontrem seguros, p. 7.

¹⁷¹ Cfr., sobre este tema, MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida...* cit., pp. 174-179. Foi já no final séc. XVII, que, como aí sublinhámos, "no exame de dados sobre mortalidade despontou, primeiro pela mão de John Graunt e depois de Edmund Halley, a própria técnica estatística" (veja-se PETER L. BERNSTEIN, *Against the Gods, The remarkable story of risk*, John Wiley and Sons, Nova Iorque/Chichester/Weinheim/Brisbane, 1996, pp. 74 e ss.; tanto ALFRED MANES, *Versicherungswesen 1905*, cit., p. 10, como FRANK H. KNIGHT, *Risk...* cit., pp. 247-248, como ainda, por exemplo, FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Seguros mutuos*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1911, p. 55, se referem, aliás, ao seguro de vida de algum modo como o arquétipo do seguro assente na estatística). Porém, como nessas páginas dissemos, "o forte aumento da longevidade ocorrido nos países desenvolvidos no último meio século, a par de uma crescente consciencialização para a possível insuficiência da protecção social prestada por via estatal, potenciando o recurso ao seguro para afrontar riscos atinentes à duração da vida humana, têm constituído um desafio para a mobilização da técnica tradicional nesta sede. Por outro lado, também

sintomático que surja numa discussão sobre o modo de afrontar as alterações do perfil do risco de mortalidade que surge a ilustrativa paráfrase a Milton Friedman " We are all risk managers now"¹⁷².

Do lado da literatura jurídica, a importação dos conceitos económicos fez-se de um modo consideravelmente mais fechado¹⁷³. Com mais ou menos surpresa, a

sobre este âmbito se repercute a ameaça de riscos catastróficos – na ordem do dia: pandémicos – aptos a causar aumentos generalizados das taxas de mortalidade". Veremos adiante que este se tornou um dos terrenos mais carecidos da experimentação de novas técnicas de dispersão do risco.

¹⁷² D. J. P. Hare, in AA.VV., "Living with mortality: longevity bonds and other mortality-linked securities, Abstract of the discussion held by the Faculty of Actuaries", *British Actuarial Journal*, 1, 2006, pp. 198-214, p. 208.

¹⁷³ Isto foi sobretudo vincado na doutrina do final do séx XIX e início do séc XX. Na doutrina nacional, a recepção do pensamento de Chaufton, que definia o seguro enquanto compensação dos efeitos do acaso através da mutualidade cientificamente organizada, harmonizou-se bem com o esforço teórico de modernização do Direito dos seguros, procurando por via dogmática acompanhar a vaga de fundo europeia de renovação do enquadramento legislativo dado ao contrato de seguro. Este pensamento surge logo acolhido em ALVARO DA COSTA MACHADO VILLELA, *Seguro de vidas, (Esboço histórico, económico e jurídico)*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1898, pp. 3-5; e é prolongado em FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Seguros...*, cit., pp. 8-9 e 25 e ss. e 73 -78, com esteio numa explanação longa do funcionamento da técnica da mutualidade – enquanto pedra-de-toque de todo o seguro, note-se, e não apenas do seguro mútuo. Considera o autor que o princípio do seguro consiste exactamente na "diffusão do damno por um grande numero de indivíduos sujeitos aos mesmos riscos", sendo a ideia do seguro "presa á da organizada mutualidade" (pp. 8-9) e a associação, juntamente com o risco e o prémio, um elemento essencial do contrato (p. 74). Em contra-corrente, JOSÉ MARIA VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, *Seguro contra acidentes de trabalho, I, Da responsabilidade civil pelos acidentes de trabalho e da sua efetivação pelo seguro*, Empresa Lusitana, Lisboa, 1913, pp. 135 e ss., considera que económica e juridicamente não repugna que o segurador seja um só sujeito, tratando-se essa modalidade, apenas, em termos práticos, de uma forma menos evoluída e mais imperfeita de conseguir a cobertura do risco. A exigência do elemento da associação para a definição do seguro correspondia, segundo o autor, não à descrição do seguro nos seus elementos constitutivos, mas nos seus elementos novos, que embora exigidos pela ciência, deveria ser tidos por secundários, por nem sempre o terem acompanhado e poderem deixar de o acompanhar. Mais – o autor salienta que se trataria aqui de uma confusão entre o plano jurídico da qualificação do contrato e o económico da condução necessária ou desejável da actividade subjacente. Ora, e tal importação era inócua em sede de efeitos jurídicos, em nada bulindo nem com o enquadramento a dar a um seguro celebrado por um indivíduo, nem com os efeitos jurídicos de um seguro celebrado nos moldes da técnica então mais moderna – como era patente nas contradições em que incorriam os autores que a defendiam.

Mais recentemente, vg., HERMAN COUSY, "La fin de l'assurance? Considérations sur le domaine propre de l'assurance privée et ses frontières", in *Droit et économie de l'assurance et de la santé, Mélanges Lambert*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 111-128, pp. 122 e ss., parece traçar uma separação entre o domínio do seguro privado e o das novas técnicas e métodos de gestão de riscos, compreendendo estas hipóteses de retenção do risco na esfera do segurado, de partilha do risco e de transferência para o segurador, para resseguradores ou para os mercados financeiros. Parece-nos haver aqui uma certa confusão de planos. Embora o contrato de seguro não seja definível, mas apenas descritível ao modo de um tipo, podemos compreendê-lo sumariamente como o *contrato pelo qual se transfere para outrém as consequências desvantajosas de um evento incerto*. Para o que no presente texto se tem sobretudo em mente – e para o que parece subjazer também ao texto de Cousy –, interessa-nos aqui o seguro quando levado a cabo por entidades autorizadas ao respectivo exercício, conquanto esta nota não seja decisiva para a qualificação de um contrato como seguro.

Ora, se estivermos perante um *puro fenómeno de retenção do risco na própria esfera do afectado*, é claro que não passamos ainda o limiar do recurso ao seguro. Quando falamos da celebração de seguros com dedutíveis, o raciocínio é similar: só integra o contrato e só releva economicamente

doutrina do direito dos seguros foi dando conta da entrada de riscos com um certo grau de potestatividade¹⁷⁴, de seguros de riscos catastróficos, de seguros novos ou perfeitamente singulares..., no perímetro da segurabilidade. E encontramos ainda a referência à mutualidade de segurados como pressuposto para a qualificação de um contrato como seguro ou para a construção de posições jurídicas do segurador. Abordaremos à frente a questão da interferência da mutualidade de segurados no plano jurídico. Antecipamos, porém, que não é um fechamento que se justifique – o que, aliás, decorre já deste excursão pelo plano económico, onde se detecta que o contrato de seguro por um lado antecedeu o desenvolvimento e aplicação dos métodos estatísticos aos seguros e por outro tem vindo a superar esses mesmos

enquanto risco transferido o que efectivamente se transfere, e não o que queda na esfera do segurado. Quando estamos perante um fenómeno de *partilha de riscos entre vários sujeitos afectados*, tão-pouco podemos falar linearmente de uma transferência deste risco: desde logo, porque aqui, ao contrário do que acontece no seguro, o risco não deixa de impender economicamente sobre a esfera do afectado, apenas a posteriori sendo as respectivas consequências distribuídas entre este e outros sujeitos. Este argumento não é puramente formal (vg., não se pode dizer que num acordo de partilha de riscos entre quatro sujeitos o afectado transfira a priori 3/4 das consequências danosas, como aconteceria, vg., no caso de um descoberto obrigatório) – é que sobre o cada um dos membros do *pooling* não deixa de impender o risco de no património constituído não haver montantes suficientes para afrontar a perda efectiva. Acresce ainda que o sujeito, partilhado o risco que o afecta, toma para si concomitantemente novos riscos – diferentemente do que acontece em face do seguro, o sujeito aceita do mesmo passo tomar a si riscos atinentes à esfera dos seus parceiros. A situação é, pois, diversa da que acontece quando o seguro é celebrado com um "descoberto obrigatório". Quando falamos da *transferência de um risco* conforme descrita, estamos perante um seguro. A gestão que o segurador faça desse risco para garantir a sua sustentabilidade é, como concluímos no passado e voltamos agora a concluir, irrelevante para efeitos da qualificação de um negócio jurídico como de seguro. O resseguro, pressupondo por definição a (re-)transferência de um risco transferido por via de um seguro não pode, por definição, estar em concorrência, jurídica ou económica, com o seguro – a questão de o resseguro ter já muitas notas jurídicas ou económicas em comum com o seguro é já diversa. A única hipótese de concorrência de qualificação coloca-se caso um risco típico do seguro seja directamente transferido pelo seu titular para os mercados financeiros. Ora, no caso da emissão de obrigações ou criação de derivados financeiros pelos quais o sujeito transfira as consequências que o risco em causa venha a produzir na sua esfera para terceiros, estaremos sem dúvida perante contratos com uma componente de seguro – hoc sensu, tipologicamente próximos do contrato de seguro. O que o autor denuncia, a final, com a sua análise, mormente quando indaga das novas técnicas de gestão dos riscos no domínio do resseguro, é no fundo o agrilhoamento do que tem por seguro privado a uma determinada técnica de gestão do risco – o que se evidencia, desde logo, no esquema base de compreensão proposto (p. 113).

¹⁷⁴ HERMAN COUSY, "La fin..." , cit., pp. 114-121, salientando o recuo da desconfiança do legislador face ao seguro de riscos cuja materialização em sinistro assentasse em maior medida no comportamento do segurado, cuja cobertura tinha deixado de ser proibida. Seria o caso dos seguros de responsabilidade civil, bem como dos "assurances de frais", em que o sinistro pressupõe exposição de certas despesas a reembolsar – como os seguros que cobrem despesas de saúde ou de protecção jurídica. O mesmo recuo da aleatoriedade dos riscos, e cobertura de riscos caracterizados pela potestatividade, manifestar-se-ia na admissão da cobertura de sinistros causados com negligência grosseira, ou mesmo de modo intencional – como no caso da cobertura da morte por suicídio, ou dos danos causados em sede de acidentes de circulação a vítimas "não motorizadas" que tivessem violado indesculpavelmente um dever de conduta (neste caso, porém, o raciocínio do autor é tecnicamente incorrecto: o seguro de responsabilidade civil por acidentes de viação não cobre um risco da vítima, mas sim do lesante; do que parece tratar-se aqui é, sim, da ponderação de que o facto do peão lesado, ainda que grosseiramente culposo, não afasta a responsabilidade do lesante).

métodos.

Por outro lado, apesar das observações afoitas de alguns autores de economia dos seguros, não se pode dizer que a actividade seguradora seja uma mera questão de existência de ousadia bastante de um ofertante para corresponder a um qualquer desejo da procura de cobertura¹⁷⁵. Esta é uma actividade sujeita a limites. Desde logo, num plano económico, para que possa ser exercida sistematicamente, deverá ser sustentável. Por outro, dada a *repercussão sistémica de tal sustentabilidade*, a actividade encontra-se sujeita a regras jurídicas e a sua vigilância está *juridicamente organizada através de supervisão por uma autoridade administrativa independente*¹⁷⁶⁻¹⁷⁷. Nenhuma das facetas deste limite reduz, porém, o domínio do

¹⁷⁵ Assim, por exemplo, KARL H. BORCH, *Economics...* cit., pp. 315 – se houver acordo entre as partes de um contrato de seguro, o risco em causa será por definição segurável (*ab esse ad posse valet consequentia*) – e 317 – sendo os limites da segurabilidade aqueles que poderão impedir o encontro entre a oferta e a procura de seguros; WALTER KARTEN, "How to Expand..." cit., pp. 515-516. "Insuring risks is not a matter of general laws, rather a problem of deciding. No objective attributes exist, which unambiguously define a risk as "insurable" or "not insurable". [...] Risks are insurable if an insurer and an insurance demander exist, who come to an agreement about product and price regarding the insurance coverage"; ou CHRISTIAN GOLLIER, "Analyse économique de l'assurabilité", s.d., disponível em [http://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf/html/Risques_54_0015.htm/\\$file/Risques_54_0015.htm](http://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf/html/Risques_54_0015.htm/$file/Risques_54_0015.htm) (consultado pela última vez a 29.10.14), 2.º parágrafo: "[u]n risque est assurable si son titulaire initial peut le transférer vers un autre agent économique à un prix qui rend l'échange intéressant pour chacune des parties" – em coerência, o autor trata nesse escrito os limites à segurabilidade dos riscos enquanto limites provenientes de falta de mercado para o preço a que a cobertura teria que ser oferecida para que pudesse assimilar os seguintes factores: dificuldades de diversificação de certos riscos; custos de transacção associados à obtenção de informação necessária à superação da assimetria informativa; a possível interferência do risco moral; nos contratos duradouros, o possível agravamento do risco ao longo do tempo; bem, como, face à ausência de uma distribuição de probabilidades objectiva face a certo risco, a tendência para a estimativa mais pessimista como forma de reacção à ambiguidade.

¹⁷⁶ Toda a questão da supervisão é, antes de mais, informada pelos termos da Constituição da República Portuguesa, que determina, no art. 101.º, que a estruturação legislativa do sistema financeiro deve garantir a formação, captação e segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social. Um papel cimeiro tem cabido aqui Direito europeu que, sob a invocação da defesa do mercado interno de livre prestação de serviços, tem conhecido vasta produção derivada na matéria. Assim, se a supervisão do sector segurador é enquadrada pelo Regime de acesso e exercício da actividade seguradora e resseguradora (RAEASR, aprovado pelo Decreto-Lei 94-B/98, de 17 de Abril, sucessivamente alterado), é certo que este transpõe, em grande medida, Direito europeu. Por força da transposição da Directiva *Solvency II* ("Directiva 2009/138/CE, de 25 de Novembro de 2009, relativa ao acesso à actividade de seguros e resseguros e ao seu exercício (Solvência II) (reformulação)", que deverá ter lugar até ao dia 31 de Março de 2015, o RAEASR deverá, aliás, ser novamente alterado no próximo ano. Embora grandemente conformada a nível europeu, a supervisão é ainda feita a nível nacional – em Portugal, com o Decreto-Lei n.º 302/82, de 30 de Julho, passou a ser feita pelo Instituto de Seguros de Portugal (sobre a história da supervisão em Portugal, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito...* cit., pp. 288 e ss). Esta autoridade é responsável pela supervisão da actividade seguradora e resseguradora por empresas com sede em Portugal ou que decorra em Portugal, sem prejuízo dos poderes de supervisão atribuídos à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários no tocante a seguros ligados a fundos de investimento (arts. 1.º e 6.º do RGAS). A nível europeu, na sequência da

seguro ao das técnicas baseadas na estatística¹⁷⁸.

C. A cobertura do risco(-incerteza): pluralidade metodológica

Como vimos concluindo, actualmente permanece a referência a uma pluralidade metodológica para o afrontar do risco(-incerteza) relevante para a actividade seguradora¹⁷⁹.

Mantendo o diálogo com KNIGHT, lembremos que o autor referia já seis métodos de afrontamento da incerteza. Um primeiro, atinente à consolidação – *hoc sensu*, agrupamento – de situações de incerteza que mostrassem elementos comuns. Sendo de mero grau a diferença entre situações de risco e de incerteza, mesmo as situações de incerteza mostrariam "alguma tendência para a regularidade uma vez agrupadas em torno de qualquer similitude ou elemento em comum"¹⁸⁰. Este método da consolidação aliava-se a um segundo, atinente à especialização do sujeito que toma sobre si os efeitos dessas situações de incerteza: um sujeito com maior capacidade de avaliação daquele tipo de situações de incerteza mais fácil e competentemente encontraria similitudes entre elas de modo a poder agrupá-las; a

recente crise financeira, foi criada a *European Insurance and Occupational Pensions Authority* (EIOPA), pelo Regulamento 1094/2010, de 24 de Setembro. Esta não é, porém, como resulta do que dissemos, a responsável pela supervisão do mercado: tem sobretudo poderes de estudo e coordenação, devendo submeter as medidas genéricas que queira propor à Comissão. É inclusivamente difícil apontá-la como um embrião de uma entidade supervisora europeia, dada a incerteza sobre a arquitectura que teria a supervisão do sector segurador em sede europeia – vg., se tal actividade seria centralizada numa autoridade única, responsável pela supervisão do conjunto do sector financeiro, se tripartida sectorialmente, se repartida por duas entidades, uma encarregada da supervisão prudencial e outra da supervisão comportamental (modelo *Twin Peaks*). De momento, esta integra, juntamente com as outras duas Entidades Europeias de Supervisão (Autoridade Bancária Europeia e Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados), o Comité Conjunto das Autoridades Europeias de Supervisão, o Comité Europeu do Risco Sistémico e as autoridades de supervisão nacionais, o Sistema Europeu de Supervisão Financeira. Veja-se, sobre o tema, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, bolsa e seguros, Direito europeu e português, Tomo I – Parte geral*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 76 e ss. e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito...* cit., pp. 144-145.

¹⁷⁷ Que, inclusivamente, tem, no âmbito dos seguros obrigatórios, ainda competências de supervisão dos próprios clausulados seguradores (art. 129.º RGAS). MEINRAD DREHER, *Die Versicherung...* cit., pp. 25-26, salientando a aprovação da VAG, com a concessão de poderes de controlo público sobre o clausulado como um dos momentos decisivos da interferência do poder público na conformação do produto jurídico seguro.

¹⁷⁸ As observações que fazemos a propósito de uma actividade seguradora economicamente racional e compatível com as normas regulatórias vigentes na matéria nada têm que ver com o facto de um contrato isolado celebrado entre dois sujeitos merecer ainda a qualificação de contrato de seguro. As suas questões colocam-se a dois níveis distintos: a saber, o da qualificação e o da validade. Cfr. MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida...* cit., *maxime* 225 e ss.

¹⁷⁹ Cfr. MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida...* cit., pp. 175 e ss., cujo sentido mantemos e cujas palavras pontualmente retomamos. Cfr. ainda, com referência aos vários métodos a que aludiremos em texto, COMISSÃO EUROPEIA, *Livro verde sobre os seguros contra catástrofes...* cit., pp. 8 e ss.

¹⁸⁰ FRANK H. KNIGHT, *Risk...* cit., pp. 238-239, 243 e 247.

atitude do sujeito perante a incerteza e o seu poder de execução do plano urdido para a afrontar elegiam-no também como candidato preferencial para o efeito¹⁸¹. É no agrupamento de situações de incerteza por sujeitos especializados, materializando a associação entre estes dois métodos, que parece estar a pedra-de-toque do afrontamento da incerteza concebido por KNIGHT¹⁸². O terceiro método seria atinente ao controlo do futuro¹⁸³. O quarto, ao maior poder de previsão do futuro¹⁸⁴. O quinto, à difusão de consequências desfavoráveis – que o autor considera poder estar separada da consolidação de riscos. Alude, assim, à distribuição das consequências desfavoráveis mesmo para lá dos limites da mutualidade¹⁸⁵. O sexto parece residir, generalizando o argumento de KNIGHT, na própria evitação de situações de exposição a graus mais elevados de incerteza¹⁸⁶.

KNIGHT colocava a tónica nos métodos de consolidação e especialização, implicando que fosse um sujeito especialmente competente para avaliar aquele tipo de riscos a fazê-lo e a retê-los para si. Veremos que, nas técnicas actualmente mobilizadas para afrontar a incerteza em sede de seguros, não menos determinante do que a avaliação aproximativa dos riscos(-incertezas) pelo segurador é o método da distribuição das perdas por um círculo mais alargado.

Decisiva é, em primeiro lugar, a *delimitação do risco*, que podemos decompor em dois momentos: o da modelação do risco que se aceita e o da avaliação deste risco. A modelação do risco que se aceita é, vista por outro ângulo, não mais do que a retenção de parte do risco na esfera do segurado; vista dinamicamente, trata-se da alocação do risco entre segurador e segurado. Ora, esta modelação é, desde logo,

¹⁸¹ FRANK H. KNIGHT, *Risk...* cit., pp. 239-243. Knight elenca na p. 242, os cinco elementos (graduáveis) decisivos na dotação de um sujeito dos atributos necessários à suportaçãõ da incerteza. Em primeiro lugar, a capacidade de, através de percepção e inferência, formular julgamentos correctos sobre a evolução futura de acontecimentos no ambiente em causa – especialmente, no tocante à previsão do comportamento de outros sujeitos. Em segundo lugar, a capacidade para avaliar os meios necessários a afrontar a situação futura prevista. Em terceiro, o poder de executar tais planos. Em quarto, o grau de confiança colocado pelo sujeito nos seus próprios julgamentos. Em quinto, os sujeitos teriam também atitudes diferenciadas face à situação prevista com certo grau de confiança – no que o autor alude a os sujeitos serem mais ou menos avessos à incerteza, ou mesmo propensos a ela.

¹⁸² FRANK H. KNIGHT, *Risk...* cit., por exemplo, 243-244.

¹⁸³ FRANK H. KNIGHT, *Risk...* cit., p. 239.

¹⁸⁴ FRANK H. KNIGHT, *Risk...* cit., p. 239. O autor concebe esta possibilidade ampliada de prever futuro como intimamente associada ao terceiro método, atinente ao controlo do futuro, já que, para o autor, o significado do conhecimento é em grande medida a aquisição de controlo.

¹⁸⁵ FRANK H. KNIGHT, *Risk...* cit., p. 239.

¹⁸⁶ FRANK H. KNIGHT, *Risk...* cit., p. 240.

qualitativa: o contrato descreve os termos da cobertura, delimitando o seu âmbito temporal, espacial e material e exclui dela certos eventos ou consequências do âmbito que esta tenderia a abranger (exclusões de cobertura). A delimitação é já quantitativa quando opera através da previsão contratual de franquias (*deductibles*) – i.e., montantes fixos de perdas que o segurador não cobrirá, apenas cobrindo o eventual excesso –, ou de um “descoberto obrigatório” (*proportional coinsurance*) – face ao qual, enquanto esquema de partilha proporcional do risco com o próprio segurado, o segurador limita a sua responsabilidade apenas a uma determinada proporção do risco¹⁸⁷ – ou à determinação do limite máximo da responsabilidade que se dispõe a assumir.

Com a modelação do risco transferido para o segurador prende-se ainda o vector da *prevenção do sinistro*. Esta manifesta-se na *imposição de obrigações tendo por objecto a adopção de condutas dirigidas a minorar a probabilidade de ocorrência de sinistro ou mitigar as suas consequências*, ou em todo o caso ao condicionamento de determinados direitos à sua adopção¹⁸⁸. Tais obrigações podem assentar na vontade comum das partes no contrato de seguro, dirigindo-se então ao tomador-segurado, ou (tendo então necessariamente a forma de ónus) a terceiros aptos a influenciar o risco; ou poderão ser criadas pelo Estado, dada a aptidão de certos tipos de riscos para afectar uma pluralidade de interesses, extravasando da esfera das partes no contrato de seguro – para provocar, portanto, externalidades negativas. A fonte contratual será tanto mais lograda para a imposição destes deveres quanto mais duradouro for o contrato, já que certos investimentos mais onerosos em prevenção apenas serão compensáveis por uma redução considerável

¹⁸⁷ Quanto a estes dois conceitos, confira-se, entre nós, por exemplo, JOSÉ VASQUES, *Contrato de seguro, Notas para uma teoria geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 308-310.

¹⁸⁸ PAUL KLEINDORFER/HOWARD KUNREUTHER, "Challenges facing the insurance industry in managing catastrophic risks", in *The Financing of Catastrophe Risk*, KENNETH A. FROOT (coord.), University of Chicago Press, Chicago, 1999, pp. 149-194, pp. 158-160, referem-se aqui a "nested decision structures"; coloca-se, porém, a questão da eficiência de tais medidas, já que estas poderão estar dependentes de factores humanos, ou ser necessária a inspecção da respectiva implementação – veja-se ainda PAUL KLEINDORFER/HOWARD KUNREUTHER, "Challenges...", cit., pp. 177-178 e PAUL KLEINDORFER/HOWARD KUNREUTHER, "The complementary roles of mitigation and insurance in managing catastrophic risks", 1997, disponível em <http://dlc25a6gwz7q5e.cloudfront.net/papers/40.pdf> (consultado pela última vez a 28.10.2014), *passim*. A adopção de certas medidas de prevenção pode ser uma condição para a fixação de certo conteúdo contratual mais favorável ao segurado – vg., para a obtenção de prémios ou franquias mais baixas –, vindo o contrato incentivar a adopção dessas condutas (PAUL KLEINDORFER/HOWARD KUNREUTHER, "The complementary...", cit., pp. 2-5, fornecendo também dados empíricos que apontam para a tendência dos sujeitos para investir menos do que seria racional na prevenção de danos causados por catástrofes ambientais). Cfr. ainda, vg., WALTER KARTEN, "How to Expand...", cit., p. 519.

dos prémios, o que pressupõe que estes sejam de um montante considerável¹⁸⁹. É aqui que se inserem as exigências de conduta ligadas ao risco que tratamos no presente escrito.

Ao impôr determinadas condutas aos sujeitos em contacto com o risco – eventualmente fazendo reverter para estes os danos que se concretizem em caso de não acatamento destes deveres –, tais deveres de prevenção concorrem, como dissemos, no recorte *do risco transferido*, equivalendo à retenção de parte do risco na esfera do obrigado à prevenção.

Através desta modelação do risco aceite, o segurador logra uma primeira circunscrição dos termos em que será chamado a prestar. Como vimos, o segurador pode por esta via, por exemplo, fixar um limite quantitativo máximo ao montante da sua prestação; excusar-se à cobertura de certas manifestações mais problemáticas ou imprevisíveis do risco em causa; impor ao segurado a adopção de acções ou omissões que diminuam a probabilidade da ocorrência de danos, sob pena de os não suportar. Por esta via, diminuem os riscos para a sustentabilidade do segurador – já que as perdas prováveis tenderão a ser menos graves –, como se poderá fazer chegar a cobertura a outros interessados – que passam a estar associados a um risco menor¹⁹⁰.

Quanto à avaliação do risco que o segurador aceita cobrir, deve atender-se, em primeiro lugar, a que, face a certos tipos de incerteza, é ainda possível uma aproximação à probabilidade em causa – vg., no caso de certos riscos catastróficos; ou face a riscos em mutação rápida, como em certa medida os riscos de vida¹⁹¹. Aqui, mobiliza-se ainda uma distribuição de probabilidades objectivas, conquanto esta seja depois prudentemente corrigida. Há, porém, situações associadas a perdas cuja quantificação apenas com uma grande margem de erro se logra fazer, não prestando a ciência caução bastante a eventuais valores avançados. Assim é face à periodicidade, bem como à magnitude de certas catástrofes naturais ou associadas à

¹⁸⁹ COMISSÃO EUROPEIA, *Livro verde sobre os seguros contra catástrofes...* cit., p. 15.

¹⁹⁰ Alargamos aqui a todas as hipóteses de modelação do risco aceite os argumentos apresentados em PAUL KLEINDORFER/HOWARD KUNREUTHER, "The complementary...", cit., pp. 9-10.

¹⁹¹ D. BLAKE/A. J. G. CAIRNS/K. DOWD, "Living with mortality: longevity bonds and other mortality-linked securities", *British Actuarial Journal*, 1, 2006, pp. 153-197, pp. 186-188, que refere a troca de "crude mortality rates", publicadas por organismos oficiais de estatística, por "smoothed mortality rates", que procuram aproximar as primeiras das taxas de mortalidade reais; sobre a necessidade de correcção dos dados estatísticos relativos à longevidade face às camadas mais jovens da população de segurados, BERTRAND VILLENEUVE, "Life insurance", in *Handbook of insurance*, GEORGES DIONNE (coord.), Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2000, pp. 901-931, p. 705.

acção humana, que não se prestam inteiramente à previsão. Pense-se ainda nos eventos cujas consequências são ainda desconhecidas para a ciência – vg., na responsabilidade civil pelo uso de nanotecnologias, ou de transgénicos. E, embora de menor importância prática, não pode deixar de se lembrar o seguro de eventos que constituem genuínas – e mesmo putativas – singularidades – vg., a eventualidade de captura do monstro do *Loch Ness*¹⁹². Aqui, a estimativa apenas poderá assentar numa atribuição de probabilidades subjectivas.

O acento da gestão dos riscos(-incertezas) não pode, como dizíamos, ser colocado na possibilidade da sua avaliação prévia. Porém, tão-pouco deve ser menosprezado o método aqui em causa: não só porque os avanços da técnica são, também eles, velozes e incertos; como porque a obtenção de informação sobre o risco em causa permite mitigar as imperfeições informativas que informam o mercado em causa, levando-o a um funcionamento ineficiente¹⁹³. Como melhor veremos, tais imperfeições informativas forçam a retenção de mais risco no segurado (para lograr a partilha das perdas, evitando do mesmo passo fenómenos de selecção adversa e risco moral). Acresce que a ambiguidade se reflecte numa alta desproporcional do preço da cobertura¹⁹⁴.

Um segundo vector é o da *dispersão das perdas* que venham a ocorrer. Tal dispersão das perdas implica que estas não fiquem exclusivamente a cargo do património formado pelos prémios entregues pelos segurados da classe de riscos em causa: a dispersão faz-se, pois, para lá da mutualidade dos segurados. Na concretização desta linha, encontramos vários círculos concêntricos. Em primeiro lugar, encontramos o círculo da difusão das perdas potenciais por diferentes classes de riscos existentes na carteira do mesmo segurador. Esta via poderá mesmo ser forçada pelo Estado, impondo-se a ligação entre determinadas coberturas – pense-

¹⁹² Trata-se de um risco suportado pela *Cutty Sark*, que, no âmbito de uma campanha publicitária, se comprometeu a pagar um milhão de libras a quem capturasse o monstro do *Loch Ness* durante um período de doze meses – risco esse que foi segurado no *Lloyd's* (cfr. KARL H. BORCH, *Economics...* cit., pp. 316 e 331 e ss.). Outro exemplo enfático da prática da cobertura de riscos singulares é o atinente ao risco de perda dos pêlos do peito de Tom Jones, também assumido no âmbito do *Lloyd's* (<http://www.nydailynews.com/entertainment/gossip/report-tom-jones-chest-hair-insured-article-1.308721>).

¹⁹³ Cfr., com optimismo face a estas possibilidades, em relação aos riscos de catástrofe natural, PAUL KLEINDORFER/HOWARD KUNREUTHER, "Challenges...", cit., pp. 161 e 177. Salienta também a operatividade das probabilidades puramente subjectivas WALTER KARTEN, "How to Expand...", cit., 518, especialmente quando em articulação com uma cobertura bem delimitada.

¹⁹⁴ CHRISTIAN GOLLIER, "Analyse...", cit., *in fine*.

se, vg., na imposição da cobertura obrigatória de certos riscos catastróficos no caso de cobertura de outros riscos não catastróficos (*product bundling*)¹⁹⁵. Tal exige que o segurador acautele que terá capital bastante para fazer face aos desembolsos que possam decorrer de sinistros inerentes a situações de incerteza. Deverá, como tal, compor a sua carteira de modo a evitar ter que fazer vários desembolsos simultâneos, o que impõe que diversifique o risco a que está exposto¹⁹⁶.

Num círculo mais amplo, para lá da carteira do segurador, poderá haver lugar a uma diversificação *ainda dentro do conjunto dos sujeitos expostos aos riscos próprios do mercado de seguros*, através do co-seguro e/ou do resseguro¹⁹⁷. No

¹⁹⁵ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Livro verde sobre os seguros contra catástrofes...* cit., pp. 8 e 14. É o que resulta em certa medida do sistema instituído pelo Anteprojecto de Decreto-Lei atinente ao Sistema de Cobertura do Risco de Fenómenos Sísmicos, de 2010 (<http://www.isp.pt/NR/rdonlyres/3A972F12-72F5-4EFB-8F14-512B68DEB928/0/AnteprojectodeDecretoLei.pdf>). Aqui, impõe-se a "obrigatoriedade de cobertura do risco de fenómenos sísmicos para imóveis exclusiva ou maioritariamente destinados a habitação, para fracções autónomas destinadas a habitação e para fracções autónomas destinadas a outros fins, quando localizadas em imóveis maioritariamente afectos a habitação, desde que sejam objecto de contratos de seguro do ramo «Incêndio e elementos da natureza» ou «Multi-riscos»" (MINISTÉRIO DAS FINANÇAS E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, *Consulta pública, Sistema de cobertura do risco de fenómenos sísmicos, Fundo sísmico, Fundo de solidariedade*, 2010, disponível em <http://www.isp.pt/NR/rdonlyres/4B871EA8-A16C-4A56-AEBB-0768E589DFA8/0/DocumentodeConsultaPública.pdf> (consultado pela última vez a 29.10.14), p. 5). Os riscos de fenómenos sísmicos são totalmente transferidos para o Fundo Sísmico (art. 16.º do Anteprojecto), o que levaria a pensar que estávamos perante um puro fenómeno de resseguro, e não de diversificação do risco dentro da própria carteira do segurador, como pretendíamos ilustrar. Porém, o art. 17.º do mesmo Anteprojecto determina que o Fundo retrocede às empresas de seguros aderentes ao sistema uma parte do risco de fenómenos sísmicos – sempre tendo, a final, o segurador que cobrir parte do risco em causa.

¹⁹⁶ ROBERT KAST/ANDRÉ LAPIED, *Economics...* cit., p. 94.

¹⁹⁷ Não deve deixar de se notar que, em todo o caso, estamos perante acordos entre empresas operando no mesmo mercado, o que concita a vigilância do Direito da concorrência. Dada a necessidade desta actuação conjunta para que a cobertura de certos riscos seja lograda em termos mais vantajosos para a procura de seguros, ou em termos que não façam perigar a sustentabilidade dos seguradores, tais acordos beneficiam, nos termos do Regulamento (UE) n.º 267/2010, de 24 de Março de 2010, da Comissão, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas no sector dos seguros, de um juízo de não ilicitude jus-concorrencial face ao Direito comunitário. Cfr., para o que aqui sobretudo releva, os considerandos 13) a 18) e os arts. 5.º e ss. do Regulamento. Mesmo que os acordos em causa não cumpram as condições necessárias ao gozo desta isenção de plano – vg., por serem ultrapassadas as quotas de mercado estabelecidas –, aqueles poderão ainda ser tidos por compatíveis com o Tratado, em sede da auto-avaliação feita à luz dos critérios dos n.ºs 1 e 3 do art. 101.º. Veja-se, sobre este tema, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca...* cit., pp. 291 e ss. No que toca à aplicação do Direito da concorrência nacional, pode questionar-se se o citado Regulamento é não obstante, aplicável, dado o disposto no art. 10.º, n.º 3, da Lei da Concorrência, que considera justificados os acordos e práticas concertadas entre empresas e decisões de associação de empresas que, não afectando o comércio entre os Estados membros, preenchem os restantes requisitos de aplicação de um regulamento adoptado nos termos do art. 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. MANUEL LOPES PORTO/VICTOR CALVETE, "Anotação ao art. 10.º", in *Lei da concorrência, Comentário conimbricense*, MANUEL LOPES PORTO/MANUEL LUÍS DA CRUZ VILAÇA/CAROLINA CUNHA/MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES/GONÇALO ANASTÁCIO (coord.), 2013, pp. 109-122, p. 121, consideram, porém, que tais isenções não se aplicam de plano. A decisão interna, devendo embora ter por referência o Direito da União, depende de uma avaliação *ad hoc*,

caso do co-seguro, estamos perante a *cobertura de um mesmo risco do segurado(-tomador)*, oferecida por um conjunto de seguradores nas condições determinadas por um contrato de seguro do qual são parte os co-seguradores, de um lado, e o tomador, do outro¹⁹⁸. No caso do resseguro, estamos perante a *cobertura de riscos de um segurador ou ressegurador*, estabelecendo-se entre este e o ressegurador o vínculo contratual¹⁹⁹ – face ao qual o tomador permanece, pois, terceiro. Um caso particular de distribuição de riscos no âmbito do mercado de seguros ocorre no *Lloyd's of London* – particular pela precocidade com que se converteu num mercado organizado de seguros²⁰⁰, pelo volume e amplitude geográfica dos seus negócios, bem como pelo seu pioneirismo na cobertura de riscos novos ou singulares. Trata-se não de um segurador, mas, como dissemos, antes de mais de um mercado organizado de seguros, cujos membros oferecem, em grupos organizados *ad hoc* (*syndicates*), a cobertura total ou parcial de determinados riscos²⁰¹. Tal garantia está também ao dispor dos restantes membros do *Lloyd's*, sendo o mercado também de oferta de resseguro.

Mesmo estas fronteiras alargadas se revelariam, porém, insuficientes. Desde logo, porque o mercado segurador e ressegurador é actualmente um mercado

sujeita ao critério do interesse nacional: não cabe a esta norma dispor sobre o valor dos actos comunitários. Directamente, releva aqui o disposto no art. 175.º-A, do RGAS (disposição alinhada com o art. 87.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras). Reafirmando a sujeição da actividade seguradora ao Direito da concorrência (n.º 1), dispõe-se no n.º 2, al. a) que não se consideram restritivos da concorrência os acordos legítimos entre empresas de seguros e as práticas concertadas que tenham por objecto as operações de cobertura em comum de certo tipo de riscos.

¹⁹⁸ Cfr. art. 62.º e ss. do RJCS. Nos termos do art. 62.º, "[n]o co-seguro verifica-se a cobertura conjunta de um risco por vários seguradores, denominados co-seguradores, de entre os quais um é o líder, sem solidariedade entre eles, através de um contrato de seguro único, com as mesmas garantias e idêntico período de duração e com um prémio global."

¹⁹⁹ Cfr. arts. 72.º e ss. do RJCS. Nos termos do art. 72.º, "[o] resseguro é o contrato mediante o qual uma das partes, o ressegurador, cobre riscos de um segurador ou de outro ressegurador."

²⁰⁰ Segundo PETER L. BERNSTEIN, *Against the Gods...* cit., pp. 89 e ss, o *Lloyd's* formou-se no café fundado por Edward Lloyd em 1687, que, sendo frequentado sobretudo pelos sujeitos ligados ao comércio marítimo, serviu desde a sua fundação como centro de concentração de informação relativa a esse comércio e cedo se converteu em local de leilão de navios e de oferta de coberturas seguradoras contra uma pluralidade de riscos. Em 1771, um conjunto de setenta e nove *underwriters* uniu capitais e fundou a Society of Lloyd's, um grupo não juridicamente personalizado de homens de negócios que actuavam sob um código de conduta auto-imposto.

²⁰¹ Na verdade, embora o sentido mais comum seja o do *Lloyd's* enquanto mercado, há também uma empresa *Lloyd's*, que é a entidade gestora desse mesmo mercado. Cfr <http://www.lloyds.com/lloyds/about-us/what-is-lloyds/the-lloyds-market>, onde se percebe as múltiplas possibilidades de organização da oferta de cobertura. Segundo aí se indica, na hipótese mais frequente, cada *syndicate* é constituído e gerido em nome dos respectivos membros por um *managing agent*, ao qual compete também escolher o *underwriting staff* que fornecerá o seu conhecimento técnico para a selecção e avaliação dos riscos a cobrir. Os membros do mercado são pessoas singulares (tendo então a designação tradicional de *Names* e até há poucas décadas respondendo ilimitadamente com o seu património pelas perdas registadas) ou pessoas colectivas.

altamente concentrado, o que dificulta a diversificação do risco²⁰². De outro lado, porque os montantes pagos no âmbito de seguros de riscos catastróficos têm aumentado²⁰³. Impôs-se, assim, a ruptura com o próprio mercado ressegurador, distribuindo os riscos pela via que maior dispersão permite: a dos mercados financeiros, com potencial para chegar não só a investidores institucionais, como a agentes isolados²⁰⁴. Encontramos, pois, mais um ponto de integração das actividades financeiras²⁰⁵; e vemos os seguros a engrossar o caudal, primeiro, da titularização de créditos e, depois, do mercado de derivados²⁰⁶.

Tais instrumentos financeiros têm florescido sobretudo associados à cobertura de riscos catastróficos e de riscos associados ao clima. A estes vieram, mais recentemente, juntar-se os que se referem à cobertura de um risco de longevidade – e se, num primeiro momento, o risco transferido foi o de diminuição da longevidade, num segundo pontificou o risco de aumento da longevidade (o *longevity risk* propriamente dito)²⁰⁷. Relevam aqui instrumentos financeiros com a

²⁰² Cfr. ROBERT KAST/ANDRÉ LAPIED, *Economics...* cit., p. 95. Mais recentemente, para algumas das vertentes mais relevantes do seguro não-vida e usando dados relativos ao ano de 2008, cfr. EUROPE ECONOMICS, *Retail Insurance Market Study MARKT/2008/18/H*, 2009, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/docs/motor/20100302rim_en.pdf (consultado pela última vez a 12.11.2014), sobretudo pp. 23 e ss

²⁰³ Alertando já para estes dois problemas, ROBERT KAST/ANDRÉ LAPIED, *Economics...* cit., p. 95.

²⁰⁴ Por exemplo, WALTER KARTEN, "How to Expand...", cit., p. 521. Veja-se, entre nós, a referência no art. 2.º, n.º 1, r), do RGAS, aos veículos especiais de titularização de riscos de seguro.

²⁰⁵ Sobre o tema, entre nós, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca...* cit., pp. 20 e ss.; cfr. ainda JOSÉ MANUEL GONÇALVES SANTOS QUELHAS, "Dos objectivos da união bancária", *BCE*, LV, 2012, pp. 235-298, p. 245.

²⁰⁶ Sobre o tema da inovação financeira que se afirmou desde as décadas '70 e '80 do século passado (vulgarizando-se então o termo "revolução financeira"), já JOSÉ MANUEL GONÇALVES SANTOS QUELHAS, *Sobre a evolução recente do sistema financeiro (Novos "produtos financeiros")*, s. ed., Coimbra, 1993, pp. 7 e ss.; mais recentemente, reportando-se aos dois fenómenos referidos em texto sob a referência à inovação financeira, ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES, *Economia II, O crédito*, Serviços de Acção Social da U.C., Coimbra, 2009, pp. 196-208 e 210-255, e ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES, *A crise do capitalismo: Capitalismo, Neoliberalismo, Globalização*, Página a Página, Lisboa, 2013, pp. 23-24 e 44 e ss.; entre os escritos sobre seguros, ROBERT KAST/ANDRÉ LAPIED, *Economics...* cit., pp. 86 e 95. Como nos dá nota FRANCESCO CAPUTO NASSETTI, "I contratti derivati sulla longevità: *longevity swap, forward e bond*", *Assicurazioni*, 3, 2013, pp. 377-399, pp. 379 e 385, a primeira expansão foi no sentido da titularização de dívida, mediante a emissão de *insurance linked securities* (onde pontificaram as *cat bonds*), só depois se estendendo ao mercado de derivados. Com efeito, estes segundos instrumentos financeiros, ao contrário das obrigações, dispensam o "vendedor de protecção"/contraparte investidora de um desembolso inicial correspondente à totalidade da sua prestação – sendo, deste modo, uma técnica "unfunded" de cobertura de risco, e não uma (como as obrigações) técnica "funded", os derivados estendem o seu efeito de alavancagem também à cobertura de riscos.

²⁰⁷ FRANCESCO CAPUTO NASSETTI, "I contratti...", cit., p. 379. Já D. BLAKE/A. J. G. CAIRNS/K. DOWD, "Living...", cit., pp. 153 e ss., nos davam nota de instrumentos financeiros – disponíveis ou hipotéticos – para distribuição do risco de longevidade. Entre os primeiros, salientam-se as obrigações emitidas por um *Special Purpose Vehicle* da Swiss Re, destinadas à cobertura dos efeitos de um aumento da taxa de mortalidade por causas catastróficas (vg., pandémicas), em face das quais o pagamento não só de juros, mas também do capital, se encontrava condicionado à evolução de

natureza de obrigações (*cat bonds* e *longevity-linked bonds*) e instrumentos financeiros derivados (*cat options, cat puts, cat spreads, weather derivatives,...*)²⁰⁸.

As *cat bonds* e as *longevity-linked bonds* constituem obrigações à face das quais os direitos do credor surgem ora condicionados, ora definidos *per relationem*, encontrando-se ligados à ocorrência de sinistros na carteira do segurador (comumente, à ultrapassagem de certo nível de perdas em carteira), ou à evolução de índices compósitos de sinistralidade, ou de índices específicos de determinada empresa seguradora, ou, mais amplamente, de índices baseados em determinadas características estatisticamente mensuradas dos eventos em causa (vg., índices climatéricos ou de longevidade)²⁰⁹. Estes instrumentos podem implicar, para o investidor, risco relativo apenas à remuneração ou, mais frequentemente, risco quanto ao próprio capital, vindo então condicionado o próprio direito ao reembolso²¹⁰. Dado o grau de risco que é aqui alocado ao credor, estas são tipicamente remuneradas a uma taxa mais elevada do que a aplicável às obrigações com a mesma data de maturidade. Há, pois, um paralelo claro entre estes negócios

certos índices de mortalidade, e as obrigações emitidas pelo Banco de Investimento Europeu, estas destinadas à cobertura dos efeitos de um aumento da esperança de vida, de acordo com índices relativos à evolução desta variável e, contra a almejada diversificação, implicando ainda a inserção de um ressegurador na arquitectura contratual. Quanto aos segundos, veja-se a panóplia de instrumentos financeiros – obrigações e derivados financeiros – sugerida pelos autores nas pp. 167 e ss. Por sua vez, ROBERT KAST/ANDRÉ LAPIED, *Economics...* cit., pp. 137-141, propõem a criação de instrumentos financeiros similares para a cobertura dos riscos de desemprego, já que estes, tal como os riscos inerentes a catástrofes e os dependentes do clima, se reportariam a riscos com elevada correlação dentro de uma determinada zona – geográfica ou económica –, com um potencial de dano de elevada magnitude, correspondendo a montantes comparáveis aos transaccionados nos mercados financeiros, e com tendência crescente (no caso do desemprego, os autores alegam que tal se deveria aos desenvolvimentos demográficos e aos comportamentos sociais; parece-nos, porém, observação demasiado simplificadora para a complexidade do tema – cuja discussão se prende com outras questões, como a dos avanços da técnica, da globalização, da distribuição da riqueza e organização do trabalho).

²⁰⁸ Segundo JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, "Os derivados", *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 30, 2008, disponível em <http://www.cmvm.pt/CMVM/Publicacoes/Cadernos/Documents/C30Artigo4.pdf> (consultado pela última vez a 7.11.2104), pp. 100 e 102, à face do Direito português, nem todos estes instrumentos financeiros derivados serão de admitir, dado o *carácter taxativo do elenco de activos subjacentes relevantes* – que não, note-se do elenco de instrumentos derivados, que é enunciativo (art. 2.º, n.º 1, f)) – constante do Código de Valores Mobiliários. Com efeito, no seu art. 2.º, n.º 1, als. e) e f), o Código apenas contempla, para o que aqui releva, os derivados relativos a variáveis climáticas.

²⁰⁹ Veja-se, quanto a este tema, FRANCESCO CAPUTO NASSETTI, "I contratti...", cit., pp. 384-385 e 396 e ss.; ROBERT KAST/ANDRÉ LAPIED, *Economics...* cit., pp. 95 e 134 e ss.; para exemplos concretos das afirmações feitas em texto, PAUL KLEINDORFER/HOWARD KUNREUTHER, "Challenges...", cit., pp. 154-155.

²¹⁰ Por força desse total condicionamento da posição do credor, fala-se de um "perdão automático da dívida" – de um modo aliás, à face do nosso Direito, tecnicamente incorrecto: se há condicionamento do direito ao reembolso, não se pode falar em remissão da dívida... – ou de "Act of God bonds" – veja-se NEIL DOHERTY, "Innovation in corporate risk management: the case of catastrophe risk", *in Handbook of Insurance*, GEORGES DIONNE (coord.), Kluwer, Dordrecht, 2000, pp. 503-539, pp. 519 e ss.

jurídicos e as figuras de mútuo marítimo aleatório que antecederam a irrupção do seguro como figura autónoma – paralelo que a própria literatura económica identifica²¹¹.

Por outro lado, relevam os derivados financeiros, ligados tanto a índices de sinistros, como a índices relativos às condições aptas a afectar o nível de sinistralidade. Deparamos aqui com futuros e *forwards* (vg., *q-forwards* e *s-forwards*)²¹², opções de compra (*call options*)²¹³, opções de venda de acções do segurador na sequência da afectação da sua carteira por volume catastrófico de sinistros (*call puts*), *swaps* de índices (*cat spreads* e *longevity swaps*)²¹⁴ e, mais genericamente, com toda uma categoria de instrumentos financeiros derivados que têm índices climatéricos por activo subjacente (*weather derivatives*)²¹⁵.

No uso de instrumentos financeiros que determinem pagamentos ao segurador

²¹¹ Cfr. NEIL DOHERTY, "Innovation...", cit., p. 523.

²¹² Em geral, os futuros "conferem a ambas as partes posições recíprocas de compra e venda sobre o activo subjacente em data e por preço previamente fixados" (JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, "Os derivados", cit., pp. 102 e 111 e ss.). Os *forwards* são similares aos futuros, mas de conteúdo modelável individualmente – e não padronizado –, sendo ademais negociados no balcão dos intermediários financeiros – e não em mercados organizados. Podem ser definidos como "contratos a prazo negociados em mercado de balcão que conferem posições de compra e de venda sobre determinado activo subjacente por preço e em data futura previamente fixados" (JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, "Os derivados", cit., p. 112, n. 103, e pp. 129 e ss.). Segundo FRANCESCO CAPUTO NASSETTI, "I contratti...", cit., p. 385, o *q-forward* é um contrato derivado nos termos do qual as partes trocam entre si, numa data futura prevista, um valor ligado à efectiva taxa de mortalidade de uma população (componente variável) por um fluxo pré-definido; o *s-forward* define-se similarmente, mas liga-se a uma taxa de sobrevivência, e não de mortalidade. Nas pp. 391-392, o autor sublinha o carácter *intuitus personae* do *forward*, cujas condições reflectem o risco de crédito da contraparte. Pensando já num activo subjacente correspondente a um índice atinente a catástrofes ou a sinistralidade, implicam que o vendedor deve pagar ao comprador do futuro, que adquiriu a sua posição por dado valor, o valor que o índice tiver na data em causa. Para um exemplo académico muito esclarecedor, cfr. GLENN G. MEYERS, "A buyer's guide for options and futures on a catastrophe index", *1996 Discussion Papers on Alternative Markets/Self Insurance*, CASUALTY ACTUARIAL SOCIETY (coord.), 1996, disponível em <http://www.casualtyactuarialsociety.org/pubs/dpp/dpp96/96dpp273.pdf> (consultado pela última vez a 7.11.2014), p. 277.

²¹³ À face das opções, em troca de um prémio antecipadamente pago (contrato real *quoad constitutionem*), o titular adquire o direito potestativo – não a obrigação – de comprar (*call option*) o activo em causa por um preço pré-determinado e numa ou até uma determinada data (cfr. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, "Os derivados", cit., pp. 102 e 114 e ss.). No caso destas *cat-options*, o activo subjacente é um índice relativo a catástrofes; para um exemplo claro, cfr. novamente GLENN G. MEYERS, *A buyer's guide...* cit., p. 277.

²¹⁴ Os *swaps* "conferem às partes posições jurídicas permutáveis relativas a determinadas quantias pecuniárias em data ou datas futuras previamente fixadas" (JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, "Os derivados", cit., pp. 102-103). Segundo FRANCESCO CAPUTO NASSETTI, "I contratti...", cit., pp. 385-386, no caso dos *longevity swaps*, uma parte (*risk hedger*, tipicamente um segurador ou fundo de pensões) paga uma série pré-definida de fluxos de caixa a uma contraparte (*risk taker*, tipicamente um ressegurador ou investidor institucional) contra um fluxo variável que esta última lhe paga e que está, neste contrato, ligado à longevidade do grupo de segurados de referência.

²¹⁵ Cfr. art. 2.º, n.º 1, e), ii), do Código de Valores Mobiliários e JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, "Os derivados", cit., p. 134.

em caso de ocorrência de determinados sinistros ou da superação de determinado nível de sinistros em carteira, insinua-se um risco de maior leviandade do segurador na selecção dos riscos que aceita cobrir e modelação dos termos da cobertura. Podem, como tal, advir problemas de risco moral do facto de o segurador deixar de suportar na sua esfera, pelo menos em parte, os efeitos da selecção de riscos e modelação da cobertura que opere. Ou, caso a celebração de contratos de seguro preceda a ulterior retransmissão do risco, poderá interceder um fenómeno de selecção adversa, com o segurador a transferir os grupos de riscos com pior *performance* que tiver em carteira. Entende-se, a este respeito, serem os instrumentos financeiros descritos, quando a *determinação dos direitos contratuais ocorra através de índices*, mais aptos a mitigar tais fenómenos de risco moral e selecção adversa – dependendo a intensidade da mitigação de quanto menos directa for a correlação entre estes índices e a sinistralidade em carteira²¹⁶.

Feito este excuro, saliente-se que a via da diversificação através dos mercados financeiros não é isenta de perigos: novos produtos financeiros implicam *acrescidas exigências de transparência e regulação*. A recente crise financeira, com origem no mercado de *subprime*, elucidou-nos à sociedade quanto ao carácter ilusório da ideia de que a dispersão dos riscos como que os faz desaparecer²¹⁷. Mais claros se tornam os potenciais efeitos nefastos desta dispersão de risco pelo sistema se pensarmos que, face a muitos dos derivados em causa, não haveria, *prima facie*, limites quantitativos ao pagamento a efectuar pelo investidor em caso de variação adversa do activo subjacente²¹⁸. Frise-se, pois, que as *técnicas de dispersão do risco* devem actuar como *complemento da delimitação do risco suportado*, que deve, por sua vez, assentar numa quantificação aproximada rigorosa. A terminar, diga-se que a dispersão do risco assim trazida abre novas brechas aos efeitos de *contágio entre mercados*, podendo, pois, encontrar-se aqui um suplementar argumento a favor da

²¹⁶ FRANCESCO CAPUTO NASSETTI, "I contratti...", cit., p. 388. ROBERT KAST/ANDRÉ LAPIED, *Economics...* cit., p. 134, por exemplo, contrapõe o risco moral desencadeado por um instrumento financeiro atinente ao risco específico de um segurador à sua (possivelmente total) eliminação no caso de instrumentos financeiros fundados em danos industriais.

²¹⁷ Parafraseamos aqui ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES, *Economia II...* cit., p. 244; similarmente, JOSÉ MANUEL GONÇALVES SANTOS QUELHAS, *Sobre...* cit., pp. 98-99. Num plano geral, sobre os efeitos da inovação financeira, cfr. ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES, *Economia II...* cit., pp. 225-255

²¹⁸ FRANCESCO CAPUTO NASSETTI, "I contratti...", cit., pp. 389-390, dá-nos porém conta de que na prática de *longevity swaps* surge a estipulação de limiares mínimos de relevância da variação do activo subjacente ("attachment point") e de limiares máximos de variação relevante, que definem portanto a perda máxima suportável ("detachment point").

supervisão integrada dos mercados²¹⁹⁻²²⁰.

Uma última via de diversificação, face a perdas cuja dispersão seja imposta pelo interesse público, é a do chamamento do Estado a actuar, quer nas vestes de (co-)segurador, quer de (co-)ressegurador, eventualmente de última instância²²¹.

Os custos de transferência do risco para instâncias diferentes do segurador repercutem-se, naturalmente, no prémio, acrescentando às parcelas atinentes à distribuição das perdas esperadas e às inerentes a custos de contratação e gestão. Face à quantificação aproximada do risco, tem grande importância o "safety loading", dada a potencial maior dispersão dos resultados que vale aqui – a tendência para este assumir um peso substancial no caso de haver ambiguidade na distribuição das probabilidades em causa tem sido amplamente detectada²²².

²¹⁹ Veja-se JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca...* cit., pp. 31 e ss. Apesar de a supervisão se fazer ainda de modo separado, mediante três autoridades sectoriais, tem-se relevado uma preocupação – porventura insuficiente – com a sua articulação. No panorama nacional, tem-se vindo a institucionalizar a cooperação das autoridades sectoriais – no Conselho Nacional de Supervisores Financeiros, no Comité Nacional de Estabilidade Financeira, no Conselho Nacional de Supervisão de Auditoria – e a reforçar esta cooperação – o que encontra materialização mais acabada no regime da supervisão dos conglomerados financeiros.

²²⁰ O debate mantido em AA.VV., "Living...", cit., pp. 198 e ss., relativo aos instrumentos financeiros de distribuição dos riscos inerentes a seguros de vida, alerta ainda para outros problemas levantados por estas realidades (cfr. MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida...* cit., pp. 176-177, que em parte retomamos). Salienta-se a eventualidade de ocorrência de risco moral inerente ao facto de os sujeitos encarregados da recolha dos dados estatísticos para construção dos índices relevantes conhecerem os condicionantes da evolução de determinados instrumentos financeiros antes de o mercado os conhecer. Salienta-se ainda a pouca liquidez do mercado em causa; bem como a excessiva complexidade – e irrealizável ambição – dos instrumentos financeiros que venham ressegurar, por exemplo, seguros *unit-linked* que cubram riscos de longevidade – e que pretendiam, no fundo, cobrir simultaneamente riscos de longevidade, de reforma, de variação das taxas de juro e de performance do mercado.

²²¹ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Livro verde sobre os seguros contra catástrofes...* cit., p. 10. Exemplos de envolvimento do Estado norte-americano na cobertura de riscos catastróficos podem ser conferidos em PAUL KLEINDORFER/HOWARD KUNREUTHER, "Challenges...", cit., pp. 152-154. Um exemplo de partilha de riscos resultante da actuação combinada de várias instâncias subjaz ao Anteprojecto de Decreto-Lei atinente ao Sistema de Cobertura do Risco de Fenómenos Sísmicos. De facto, na cobertura destes riscos intervêm: o tomador, caso seja contratada franquia (art. 12.º, n.º 2); os seguradores, face ao risco que por sua vez lhes é retrocedido, na proporção da respectiva contribuição para o Fundo (art. 17.º); o Fundo (art. 16.º, face aos riscos que retém); e o Estado (art. 21.º), mediante a prestação de garantia para efeitos de cobertura adicional de último recurso face a fenómenos sísmicos de grandes proporções. Cfr. arts. 19.º a 21.º quanto à dinâmica da partilha dos danos ocorridos. Na doutrina nacional, cfr., quanto a este ponto, MARGARIDA LIMA REGO/RUTE CARVALHO DA SILVA, "Catástrofes naturais e seguros", 2012, disponível em http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/2013/Catastrofes_naturais_e_seguros..pdf (consultado pela última vez a 13.11.2014), pp. 182-188.

²²² PAUL KLEINDORFER/HOWARD KUNREUTHER, "Challenges...", cit., p. 158; CHRISTIAN GOLLIER, "Analyse...", cit., parte final do texto.

D. Cobertura do risco em sentido lato perante a imperfeição informativa

a. Introdução

Com as cautelas que deixámos acima, servimo-nos do binómio risco (distribuição de probabilidades conhecida, caucionada pela estatística)/ incerteza (distribuição de probabilidades objectivas não disponível) para analisar a pluralidade de técnicas de que os seguradores se servem. Retomamos agora o que dissemos atrás: que o referente da actividade seguradora deve ser reconhecido no risco, concebido de um modo unitário mas não monolítico.

Com efeito, referimos situações de penetração da incerteza (em sentido estrito) no âmbito dos riscos mais tradicionalmente estatisticamente mensuráveis. É certo que, quando a realidade desses riscos muda de modo a impedir decisivamente a convocação de dados do passado para a sua mensuração, nos encontramos já perante riscos novos²²³. Há, porém, toda uma série de casos intermédios em que a evolução da realidade em causa inviabiliza a convocação directa de dados do passado, carecendo os resultados de uma prudente correcção – lembre-se o que dissemos acima sobre o seguro de vida. A mutabilidade da realidade implica, de resto, amiúde correcções semelhantes, em maior ou menor grau: as situações de risco raramente se conformarão como uma distribuição de probabilidades objectivas, em toda a sua pureza. Vemos, assim, que o mercado dos seguros é transversalmente atravessado pela imperfeição informativa²²⁴. Por outro lado, vimos acima que os riscos não estatisticamente mensuráveis com precisão não deixam de se prestar a uma aproximação possível, mediante a atribuição de probabilidades subjectivas.

Concluiremos, pois, como que numa síntese, atinente às problemáticas que o risco, assim lato e gradativamente concebido, coloca a qualquer das técnicas que o afronte.

Face a todo o espectro do risco relevante para a actividade seguradora releva, como vimos acima, a *obtenção de informação sobre a concreta situação de exposição*. Esta recolha de informação é fundamental para possibilitar a classificação dos riscos, para lograr a mobilização em relação a eles das estatísticas

²²³ Cfr. art. 1.º, n.º 6, b), do Regulamento n.º 267/2010, da Comissão, que qualifica como riscos novos, em casos excepcionais, aqueles cuja natureza tenha, com base numa análise objectiva, mudado de tal forma que não é possível determinar antecipadamente qual a capacidade de subscrição necessária para cobrir tal risco.

²²⁴ MANUEL JACINTO NUNES, "A incerteza keynesiana", cit., pp. 643-644.

disponíveis, e/ou avaliá-los por si, formulando juízos de probabilidade subjectivos; e veremos abaixo a articulação íntima da obtenção de informação com a prevenção da selecção adversa.

Assim, a necessidade de recolha de informação não é necessariamente menor face aos riscos que não se prestam à técnica tradicional do que face àqueles que se prestam. Vimos que, em relação aos primeiros, nem tudo assenta na mera dispersão do risco, sendo *fulcral uma quantificação aproximativa do risco*. Por outro lado, em certas situações de *mobilização da técnica tradicional*, com grupos amplos de segurados cuja selecção não manifeste enviesamentos (ou seja, quando sejam diminutos os perigos de selecção adversa) e quando a cobertura esteja em grande medida balizada, a obtenção de informação sobre cada uma das situações de exposição individual perde o seu carácter decisivo. Face a um grupo grande de segurados, que tenderá fornecer uma amostragem fiel da distribuição daquele tipo de riscos na generalidade da população, o segurador pode limitar-se a mobilizar informações estatísticas correspondentes à generalidade da população. É o que acontece face a certos seguros de grupo com coberturas de montantes relativamente baixos – vg., no caso dos seguros de acidentes de viagem associados ao uso de cartões de crédito.

Não menos importante face a todo o espectro dos riscos é a íntima relação entre, de um lado, a *definição clara das coberturas e a exclusão de certos riscos* e, de outro, a possibilidade de antevisão das perdas a sofrer em carteira. Em última análise, por aqui passa a linha de separação entre técnicas próprias do mercado de seguros e técnicas próprias do mercado de capitais²²⁵⁻²²⁶. Esta delimitação clara dos termos da cobertura releva face a qualquer das técnicas utilizadas, permitindo a balizagem do número de hipóteses em que o segurador pode ser chamado a responder, o que é pressuposto de qualquer previsão dos montantes que despenderá.

A delimitação das coberturas – pela positiva e pela negativa – permite a

²²⁵ Assim, salientando a criação, pelos seguradores, de "instrumentos de delimitação dos seus próprios riscos, conjugando os seus interesses particulares com o interesse colectivo da transferência de riscos particulares", por oposição à actividade financeira, em que "ainda não foram criados mecanismos para delimitação dos riscos gerais do sistema", JOSÉ MANUEL GONÇALVES SANTOS QUELHAS, *Sobre...* cit., p. 95.

²²⁶ WALTER KARTEN, "How to Expand..." cit., pp. 518-519, salienta a relevância deste recorte dos riscos, que não deverão ser ambíguos. A visão do papel do juiz na criação de ambiguidade que transparece das citadas páginas parece-nos ser metodologicamente impertinente – o papel criativo do juiz é ineliminável, devendo, sim, a sua acção realizadora do direito nesta sede dar o devido relevo ao princípio da segurança jurídica e tutela da confiança; não temos, porém, dados bastantes para analisar mais detidamente a perspectiva do autor.

respectiva padronização, em vista de uma homogeneidade "construída", face situações de exposição não homogêneas à partida. Assim, a determinação de um capital máximo de cobertura reverte para a homogeneidade quantitativa; e a exclusão da cobertura de certos riscos com comportamento mais imprevisível pode gerar uma certa homogeneização qualitativa entre as situações de exposição integradas no mesmo conjunto de riscos. Assim, nos quadros da técnica tradicional, tal delimitação é uma condição da mobilização das estatísticas adequadas, articulando-se também, para lá dos seus quadros, com a atribuição de probabilidades subjectivas na circunscrição dos termos em que o segurador pode ser accionado²²⁷.

Como temos vindo a concluir, o mercado de seguros caracteriza-se pela *imperfeição informativa*, atinente à persistência da não quantificabilidade objectiva dos riscos por parte do ofertante da cobertura. Em parte, essa falta de conhecimento atinge os vários intervenientes no contrato, provindo das características do evento cujas consequências se cobrem – vg., a sua novidade ou singularidade, a correlação entre as esferas por ele afectadas.

Noutra parte, porém, a *imperfeição do conhecimento* pode atingir apenas uma das partes envolvidas na transacção. Atinge apenas o ofertante de cobertura, tendo o consumidor de cobertura (segurado) ou outros sujeitos com poderes de modelação do contrato (pense-se num médico face a um seguro de saúde) acesso a mais informação relevante sobre o risco coberto do que aquele. Como pode atingir também *em exclusivo o segurado*, quando a *avaliação do risco ou do sinistro pressupõem conhecimentos técnicos de que o segurador*, mas não já a sua contraparte, disponha. Com muito relevo, a *assimetria informativa* opera, neste mercado, em desfavorecimento do segurado logo no tocante à *própria configuração, pelo clausulado contratual, do risco transferido para o segurador*. Num produto inteiramente jurídico como o seguro, a *imperscrutabilidade do clausulado* que em geral prejudica o aderente de um contrato celebrado com recurso

²²⁷ É também sintomática a importância que esta delimitação tinha já antes da instalação da técnica tradicional: ANTONIO LA TORRE, *L'Assicurazione nella Storia...*, cit., pp. 101-104, dá-nos conta do relevo que a rigorosa descrição da situação de exposição revestia em face dos primeiros contratos marítimos de seguro e, bem assim, daqueles que antecederam o surgimento do seguro propriamente dito, com discriminação, por exemplo, das características e grau de segurança do navio, da reputação do capitão, da natureza e quantidade da carga embarcada, da duração da viagem e respectiva rota, bem como do grau de dificuldade de navegação nesta última.

a ccg atinge um grau particularmente agravado.

Estes fenómenos de assimetria informativa²²⁸ surgem como problema típico do mercado de cobertura de riscos – e, saliente-se, podem atingir também o *risco em todo o seu espectro*. A assimetria informativa tem, nesta sede, duas manifestações precípuas: a selecção adversa e o risco moral.

b. Selecção adversa

A selecção adversa, tal como foi inicialmente recortada por AKERLOF²²⁹, é um fenómeno associado à assimetria informativa que caracteriza alguns mercados, determinando que, existindo neles produtos ou contrapartes de diferente qualidade, sejam os menos desejáveis os que se disponibilizam para contratar. No caso mais recorrentemente analisado face ao mercado de seguros²³⁰, deriva do facto de a contraparte do segurador dispor de mais informação do que este sobre a "qualidade do risco" cuja cobertura se contrata. Assim, por exemplo, um candidato a um seguro de vida sabe mais sobre o seu estado de saúde e estilo de vida do que o segurador. Não logrando avaliar a qualidade do risco de cada candidato, o segurador tenderia a fixar para aquela cobertura um preço (prémio) correspondente à qualidade média

²²⁸ A assimetria informativa corresponde a uma situação em que a imperfeição informativa é devida a uma distribuição desigual da informação relevante numa transacção, entre os vários sujeitos que nela intervêm. Cfr. quanto ao tema, JOSEPH E. STIGLITZ, "Information and the Change in the Paradigm in Economics – Part 1", *The American Economist*, 47, 2003 e JOSEPH E. STIGLITZ, "Information and the Change in the Paradigm in Economics – Part 2", *The American Economist*, 48, 2004, pp. 17-50, *passim*. Em português e especificamente na matéria dos seguros, cfr. o nosso MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, "Risco moral e contrato de seguro", in *Volume de Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES/LUÍS PEDRO CUNHA/MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 637-676, pp. 639-645.

²²⁹ GEORGE A. AKERLOF, "The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism", *Quarterly Journal of Economics*, 3, 1970, pp. 488-500, *passim*, situando o fenómeno num outro mercado também caracterizado pela assimetria informativa: o dos carros usados, em que o vendedor sabe mais sobre a qualidade do carro colocado no mercado do que os prospectivos compradores. Embora só então tenha sido autonomizado pela ciência económica e analisado na totalidade da sua dinâmica, o problema da selecção adversa já tinha sido, nos seus contornos mais gerais, na prática identificado: KARL H. BORCH, *Economics...* cit., p. 319, dá-nos nota de que a preocupação com os efeitos da selecção adversa na prática seguradora vinha já de longe, impendendo no séc. XIX sobre os candidatos ao seguro de vida em caso de morte a desconfiança de que estes teriam menos saúde do que a generalidade da população, o que tornava a realização de um exame médico na prática uma condição necessária para o acesso ao seguro. O fenómeno da anti-selecção surge já claramente identificado em FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Seguros...*, cit., pp. 36-37, enquanto "apresentação dos riscos na razão inversa da intrínseca bondade das suas condições", decorrente de acção dos segurados.

²³⁰ Cfr. os nossos MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, "Risco moral...", cit., pp. 642-643, e MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, "Sobre a discriminação dos portadores de VIH/sida na contratação de seguros de vida", *BFDUC*, 2, 2013, pp. 749-800, MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, "Sobre a discriminação...", cit., pp. 750-754, cujos termos acompanhamos aqui.

dos candidatos – *hoc sensu*, ao risco médio representado por eles. Isto levaria a que os candidatos com risco melhor do que a média abandonassem o mercado, por considerarem o preço proposto excessivo face à sua "qualidade". Perante tal abandono, o segurador, reavaliando o mercado, fixaria novo preço, correspondente ao risco médio dos candidatos remanescentes – sendo tal risco mais elevado, mais elevado seria também este novo prémio, desencadeando nova saída do mercado por parte dos riscos melhores do que a média... E assim sucessivamente, numa espiral de desencontro entre oferta e procura, que levaria a que, no limite, não houvesse qualquer mercado para aquisição do serviço em causa.

Aquém deste caso-limite, com cuja ocorrência não é de contar²³¹, a selecção adversa retrata, nesta manifestação, a *tendência para que, uma vez que o segurador não logra separar perfeitamente os sujeitos de acordo com o risco que estes representem*, face a um determinado preço de cobertura pensado pelo segurador para determinada distribuição média de perdas, *surjam a contratar sujeitos que representem um risco superior à média*.

Queremos novamente salientar que este problema é transversal, colocando-se face a riscos cuja distribuição seja mais ou menos objectiva. A selecção adversa pode colocar-se vg., face a um seguro de saúde – os sujeitos que souberem terem mais problemas de saúde serão os principais consumidores de cobertura. Mas coloca-se também com muita relevância face a um seguro de riscos catastróficos, já que, pelo carácter de relativa excepção, tendem a ser subestimados, sendo frequente que apenas os subscrevam os sujeitos que os não subestimam: os que saibam que moram numa zona atreita a fenómenos catastróficos e suportam um risco superior ao normal²³².

O meio de operar a separação entre melhores e piores riscos é o da obtenção

²³¹ Cfr., por exemplo, KARL H. BORCH, *Economics...* cit., p. 319, questionando que alguns dos pressupostos do modelo de Akerlof sejam transponíveis para aqui. Assim, vg., embora as pessoas que se disponham a pagar mais, por exemplo, para ter cobertura de riscos de doença possam aí demonstrar uma preocupação com a sua saúde superior à média na população, daí não decorre que tenha necessariamente uma saúde pior do que a da média. Como não se encontra provado que os "ofertantes de risco" (candidatos a segurado) sejam tão sensíveis às variações do preço da transferência de risco como é pressuposto do modelo relativo aos carros usados. Sendo, pois, certamente questionável que o resultado do desencontro entre oferta e procura apresentado em última instância por AKERLOF – inexistência de mercado – se produza aqui, não deixa de ser útil para a compreensão da dinâmica do mercado a possibilidade de manifestação de selecção adversa: i.e., de que, por força da assimetria informativa, sobretudo os piores riscos se apresentem a contratar.

²³² COMISSÃO EUROPEIA, *Livro verde sobre os seguros contra catástrofes...* cit., pp. 9 e 15-17, invocando os resultados da investigação realizada pelo Centro Comum de Investigação e sugerindo acções de sensibilização e educação dos consumidores para os riscos de catástrofe.

de informação sobre as concretas situações de exposição colocadas no mercado, superando assim a imperfeição informativa existente. Quando esta imperfeição assente numa assimetria de informação que favoreça efectivamente a contraparte do segurador (esta tem efectivamente informação privada sobre a qualidade do risco), o meio mais barato de lograr tal separação entre riscos de diferente qualidade é o de separar o mercado, oferecendo diferentes coberturas a diferentes preços. Os segurados que representem piores riscos preferirão então coberturas mais completas, ainda que mais dispendiosas, enquanto que os que representem piores riscos preferirão as coberturas mais baratas, ainda que menos completas: ou seja, os segurados auto-seleccionar-se-ão, então, face aos diferentes termos da oferta.

A compreensão deste mecanismo é importante para perceber a dinâmica da selecção adversa num mercado concorrencial, quando, para *o mesmo risco, os vários seguradores ofereçam diferentes níveis de cobertura a preços também distintos*²³³. Aqui, a auto-selecção dos candidatos determinará, como vimos, que os que representem riscos mais gravosos prefiram coberturas mais completas, ainda que vendidas a um preço mais elevado: assim, *o segurador que oferecer coberturas mais completas tenderá a ficar com os piores riscos em carteira*. Conversamente, *o segurador que ofereça uma cobertura mais restrita a um preço mais baixo atrairá a si os melhores riscos*. É bom de ver que tal coloca um estímulo à oferta de coberturas incompletas por parte dos seguradores.

A informação necessária à superação da assimetria informativa pode também ser obtida por questionamento ao segurado, existencialmente próximo da situação de exposição, sendo sancionada a omissão ou incorrecção da sua declaração. Trata-se de uma hipótese que permite a obtenção de mais informação sobre a concreta situação de exposição em causa²³⁴, operando, aliás, em complemento da

²³³ A dinâmica do mercado de seguros pautado pela selecção adversa foi analisada de modo pioneiro por MICHAEL ROTSCHILD/JOSEPH E. STIGLITZ, "Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information", *The Quarterly Journal of Economics*, 4, 1976, pp. 629-649, especialmente pp. 629, 634-638 e 648. Os autores concluem que a assimetria informativa relativa ao risco realmente representado pelo candidato ao seguro leva a que não se estabeleça um equilíbrio de preço único no mercado (*pooling equilibrium*). O equilíbrio, quando exista – e poderá não existir – implicará o fraccionamento do mercado em zonas a que correspondam diferentes combinações de preço e quantidade de seguro oferecida (*separating equilibrium*). Isto é assim por efeito da concorrência: a prática de um preço único por um segurador, correspondente a um conjunto mais alargado de segurados, incentivaria um segurador rival a apresentar um contrato com preço mais baixo e menor quantidade de cobertura, destinado a atrair os sujeitos com perfis de risco mais baixos – quebrando-se deste modo o equilíbrio de preço único.

²³⁴ Desde logo, porque a disposição para obter mais cobertura, ainda que a um preço mais elevado, não é apenas influenciada pelo grau de risco enfrentado, mas também pela avaliação subjectiva que o

segmentação do mercado: o segurador opera por esta via a classificação do risco em causa, aferindo da adequação deste aos pressupostos sob os quais se oferece determinada cobertura. Persiste, porém, a margem para que se transmita informação incorrecta ou incompleta de modo a iludir os mecanismos de controlo e sancionamento legais.

O método que permite a obtenção de mais informação sobre a situação de exposição em causa é o da inspecção directa pelo segurador à situação de exposição, com fixação de um prémio a ela adequado – por esta via, acede-se mesmo a informações que o próprio segurado não possua, estando-se, para além das situações de assimetria informativa, a superar mais amplamente a imperfeição informativa. Trata-se de um processo que acarreta, porém, custos elevados, sendo por outro lado passível de imperfeições: não é garantida a obtenção de toda a informação necessária à avaliação do risco.

Outra via de solução é a de tornar coerciva a contratação em determinados termos, fazendo com que deixe de haver selecção por parte dos segurados. É o que acontece no caso das coberturas obrigatórias. Note-se, porém, que a eliminação total da selecção adversa exige que, mais do que ser meramente obrigatória a cobertura de certo risco, estejam também uniformizados os termos da cobertura: só quando as coberturas oferecidas no mercado forem entre si sucedâneos perfeitos é que uma determinada oferta deixará de atrair os piores contratantes. Assim, por exemplo, se o facto de a cobertura de riscos sísmicos estar obrigatoriamente ligada à cobertura de riscos de incêndio determina que não se apresentem à contratação de seguros contra riscos sísmicos os sujeitos por estes mais afectados, é também certo que, se cada segurador puder modelar os termos em que oferece tal cobertura obrigatória, os piores riscos ficarão com quem oferecer a cobertura mais completa – ocorrendo, portanto, novamente selecção adversa.

Em todo o caso, deve ser retida a dinâmica de "race to the bottom" própria da *selecção adversa*, que caracteriza o funcionamento dos mercados pautados pela *assimetria informativa face às qualidades do bem transaccionado*. O facto de a parte menos informada tender neste a tomar a sua decisão apenas com base no preço, por não conseguir observar as demais qualidades do bem em causa, leva a que apenas os ofertantes de pior qualidade permaneçam no mercado. É a esta

sujeito faça da sua situação e pelo grau de aversão ao risco do sujeito – cfr. KARL H. BORCH, *Economics...* cit., p. 319.

dinâmica que aludimos ao referir outros fenómenos de selecção adversa – especialmente, o atinente à falta de transparência dos clausulados predispostos pelo segurador.

c. Risco moral

Conforme o colocou ARROW no artigo de 1963 que despertou o interesse do pensamento económico para o tema, o risco moral configura um problema de incentivos que altera o sentido normal da conduta dos sujeitos²³⁵. No que para o mercado de seguros especialmente importa, deparamo-nos aqui, antes de mais, com risco moral proveniente da esfera do próprio segurado: uma vez que, por força da transferência do risco que caracteriza o seguro, *o sujeito deixa de suportar na íntegra as consequências do sinistro, deixará de ter incentivo para o evitar ou minorar as suas consequências, podendo mesmo, quando valere mais a prestação do segurador do que a preservação do bem seguro, ter incentivo a provocar o sinistro*. A estas situações juntam-se aquelas em que a determinado facto em si neutro ou causador de consequências negativas não quantificáveis passa a associar-se uma consequência patrimonial favorável – é esta a posição dos beneficiários da prestação seguradora nos seguros de pessoas que sejam seguros de capitais. Numa segunda linha, relevante em geral, mas com particular interesse em sede dos seguros de despesas, deparamo-nos com situações de risco moral de terceiro-perito, que, por deter informação qualificada, determina pelas suas acções o montante da prestação a

²³⁵ KENNETH J. ARROW, "Uncertainty and welfare economics of medical care", *The American Economic Review*, 5, 1963, pp. 941-973, p. 961. O problema era já conhecido na prática seguradora desde há muito – tendo sido, aliás, no seu âmbito que se cunhou o termo *moral hazard*. Segundo TOM BAKER, "On the genealogy of moral hazard", *Texas Law Review*, 2, 1996, pp. 237-292, pp. 248-252, embora a preocupação com o fenómeno fosse mais antiga, o termo *moral hazard* teria surgido no âmbito dos seguros contra incêndios. Aí, às *physical hazards* associava-se já dois tipos de manifestações: as *hazards* que aumentavam a probabilidade de incêndio (vg., relâmpagos ou curto-circuitos) e as que aumentavam a probabilidade ou dimensão das perdas causadas pelo incêndio (vg., tipo de construção ou destinação de um prédio). Esta distinção foi, em meados do século XIX, transposta para fenómenos associados à conduta moral do segurado, distinguindo-se entre fenómenos de *moral hazard* como o fogo posto, que geraria as próprias perdas, e fenómenos de *moral hazard* como o mau carácter ou os maus hábitos, que aumentariam a probabilidade das perdas. Estes fenómenos *emanavam exactamente da esfera moral do sujeito*, provindo, ou directamente do seu carácter, isto é, da sua predisposição individual para a fraude, ou da *tentação* criada por um contrato que levasse o segurado a ganhar com o sinistro, insinuando a má conduta mesmo nos caracteres não predispostos à fraude – no fundo, derivando do que hoje em dia referiríamos como um problema de incentivos. Já segundo KARL H. BORCH, *Economics...* cit., pp. 325-326, a distinção entre a *moral hazard*, não segurável, à *physical hazard*, segurável, teria surgido no âmbito dos seguros marítimos. A primeira, embora vista como conceito fugidio, era recortada como o elemento caracterizador do seguro que tornaria a ocorrência de sinistro uma vantagem para o segurado. Quanto a este tema, cfr. o nosso MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, "Risco moral...", cit., *passim*, que em parte retomamos.

cargo do segurador.

Apesar de tal parecer menos evidente do que em relação à secção adversa, trata-se, ainda aqui, de um problema de informação, residindo no facto de o segurador não conseguir observar adequadamente as acções da contraparte – no caso das acções do segurado – ou, conseguindo embora observá-las, não detenha informação bastante para aferir da sua adequação – é o que ocorre na intervenção de peritos²³⁶. E, sublinhe-se ainda, é um problema de incentivos, sendo por isso graduável – *hoc sensu*, passível de se manifestar em maior ou menor grau em função dos incentivos que determinem a conduta do sujeito²³⁷. Não se mantém, pois, na teoria económica a recondução do risco moral às duas categorias discretas da *moral hazard* e da *morale hazard* próprias da teoria e prática seguradoras – a primeira respeitante a tendências desonestas no carácter do sujeito e a segunda a uma mera mudança na atitude do sujeito perante a isenção das consequências do sinistro²³⁸ –, sobretudo porque estas não são analiticamente úteis para examinar esse

²³⁶ Aproximamo-nos aqui das formulações propostas em KENNETH J. ARROW, *The economics of agency*, Center for research on organizational efficiency, Stanford University, Stanford, 1984, pp. 2-3, para retratar os problemas de "hidden action", que o autor reconduz ao risco moral. Note-se que, nestes casos, o resultado da acção é afectado mas não exclusivamente determinado pela actuação do agente – de outro modo, bastaria ao sujeito que é afectado pela actuação do agente (principal) observar o resultado dela. Diferentes destes, os problemas de "hidden information" corresponderiam aos casos em que o agente faz determinada observação não partilhada pelo principal e baseia nela a sua acção. Embora aqui o principal possa observar esta acção, não sabe se esta é a mais adequada. Estes problemas são reconduzidos pelo autor à selecção adversa. Embora a distinção se tenha instalado na análise económica (cfr., por exemplo, RALPH A. WINTER, "Optimal insurance contracts under moral hazard", in *Handbook of insurance*, GEORGES DIONNE (coord.), Springer, Nova Iorque/Heidelberg/Dordrecht/Londres, 2013, pp. 205-230, p. 207), parece-nos que as situações em que o principal logra observar a actuação do agente, mas não avalia a sua adequação por tal avaliação pressupor um conhecimento especializado – situações de risco moral como a ilustrada pelo autor na relação médico-paciente, dada a superioridade do conhecimento do médico –, sendo de risco moral – o agente poderá ter incentivos na não adopção da acção adequada, devido à inobservabilidade de tal qualidade pelo principal – têm uma estrutura muito similar à definição dada pelo autor das hipóteses de "hidden information".

²³⁷ Uma descrição útil do fenómeno de risco moral adveniente do segurado, onde se sublinha exactamente a sua natureza gradativa, é a que decorre de RICHARD J. ARNOTT/JOSEPH E. STIGLITZ, *The basic analytics of moral hazard*, National Bureau of Economic Research, 1988, disponível em <http://www.nber.org/papers/w2484.pdf> (consultado pela última vez a 9.11.2104), pp. 2-3-e 5, recortando-o como uma situação de correlação negativa entre a quantidade de cobertura contratada e a quantidade de esforço colocado pelos sujeitos na prevenção do risco, dada a inobservabilidade, pelo segurador, desse esforço.

²³⁸ Cfr., na teoria recente, EMMET J. VAUGHAN/THERESE M. VAUGHAN, *Fundamentals...* cit., p. 5. Outra definição do fenómeno de moral hazard é a usada por HANS MÖLLER, "§ 61", cit., p. 516, que a limita ao excesso de aproveitamento das prestações oferecidas pelo contrato – ou seja, às condutas contidas ainda dentro da licitude. Tal não corresponde, porém, ao sentido com que o termo é utilizado na teoria económica geral, ou na teoria dos seguros; e, como decorre do que se disse em texto, equivale a introduzir soluções de continuidade na compreensão da alteração de incentivos experimentada por quem transfere as consequências do risco para outra esfera. Ora, como veremos melhor em texto, além de tal alteração de conduta se manifestar de modo graduado, e não apenas em termos de A/não-A, é influenciada não apenas por um, mas por vários factores, não havendo porque

reflexo gradativo da alteração dos incentivos.

Em face do mercado dos seguros, o risco moral pode revelar-se *ex ante* ou *ex post*, em função de a acção que o transporta ter lugar antes da ocorrência do sinistro, propiciando-o, ou depois deste, manifestando-se na falta de empenho na mitigação das respectivas consequências, ou no respectivo empolamento²³⁹. O risco moral *ex post* não traz, pois, o aumento da frequência dos sinistros, mas sim o aumento da prestação seguradora a eles associada. A análise empírica tem, aliás, apurado que a contratação de seguro é mais propícia à provocação de risco moral *ex post* do que *ex ante* – i.e., que é mais provável haver incentivos a não minorar as perdas do que a não prevenir a sua ocorrência²⁴⁰. Note-se que as hipóteses de risco moral *ex post* apenas relevam quando o valor dos danos influencie a prestação do segurador, não relevando, como tal, em face dos seguros de prestações pré-determinadas, salvo na medida em que a prestação pré-determinada esteja ainda ligada à gravidade do dano. O fenómeno manifesta-se mais ainda quando a prestação do segurador depender de decisões do segurado e/ou, adiantemos, de terceiro, adoptadas na pendência ou na sequência do sinistro – nomeadamente, caso caiba ao segurado escolher o fornecedor de prestação a ser custeada pelo segurador, aquele não terá qualquer incentivo para procurar o fornecedor que pratique o menor preço²⁴¹.

Procurando sistematizar os pressupostos necessários para que o risco moral intervenha, podemos reconduzi-los a seis pontos²⁴². Em primeiro lugar, pressupõe-se que os danos, bem como as consequências da sua não mitigação, são perfeitamente compensáveis por via monetária. Se os sinistros tiverem consequências que a atribuição de montantes monetários não consegue compensar na totalidade, o que acontece quando estão em causa *danos extrapatrimoniais* – pense-se, por exemplo, no sofrimento físico e psíquico que um acidente pessoal

limitar artificialmente o conceito à partida.

²³⁹ Assim, “[e]x ante moral hazard entails that agents respond to changes in incentives by changing the risk of losses. Ex post moral hazard concerns the effects of incentives on claiming actual losses.” – veja-se JAAP H. ABBRING/PIERRE-ANDRE CHIAPPORI/TIBOR ZAVADIL, "Better Safe than Sorry? Ex Ante and Ex Post Moral Hazard in Dynamic Insurance Data", *Tinbergen Institute Discussion Paper No. 08-075/3*, 2008, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1260168 (consultado pela última vez a 29.08.2009), que analisam o diferente impacto do risco moral *ex ante* e *ex post* no âmbito de responsabilidade civil automóvel.

²⁴⁰ TOM BAKER, "On the genealogy...", cit., pp. 242 e 287.

²⁴¹ Neste sentido, relativamente a ambas as possibilidades, KENNETH J. ARROW, "Uncertainty...", cit., p. 962.

²⁴² Acompanhamos a relação feita por TOM BAKER, "On the genealogy...", cit., pp. 275 e ss.

grave é passível de provocar –, então serão improváveis comportamentos potenciadores daquelas consequências. Parece-nos, porém, que este pressuposto se encontra recortado com demasiada rigidez, sobretudo quando considerados os casos de causação dolosa do sinistro: tudo depende da valoração relativa que o sujeito dê àquele tipo de danos extrapatrimoniais face à que nesse momento confere ao montante da indemnização. No entanto, *permite-nos chamar a atenção para a existência de significativos contra-incentivos ao risco moral quando estejam em causa bens da personalidade.*

Em segundo lugar, assume-se que os sujeitos actuam geralmente de modo racional e procuram minimizar as suas próprias perdas. Perante este pressuposto, assinala-se que o parâmetro realista de comparação não pode ser o de uma racionalidade perfeita, nem é sequer dado pela referência a uma ignorância racional. Como veremos ao longo do escrito, o parâmetro de comparação arranca da actuação como se se não estivesse segurado – e esta actuação implica situações de incúria e negligência. O sentido de tal parâmetro é, pois, o da normalidade das situações, e não o da pressuposição de um arquétipo de conduta racional.

Em terceiro lugar, assume-se que a prevenção da perda implica um esforço e que a minoração do seu impacto implica também um esforço ou uma qualquer desvantagem. Em quarto lugar, que a prevenção da perda e a minoração do seu impacto são eficazes quando adoptadas. Em quinto lugar, assume-se que os segurados controlam a sua esfera, a sua propriedade, bem como os factores que determinam o montante da prestação do segurador. Este pressuposto é desafiado tanto quando os segurados *não controlam nenhum dos factores capazes de espoletar o sinistro* – por exemplo, os factores que provocam uma doença, ou os factores de crise económica que colocam o segurado em situação de desemprego – como quando *não conseguem controlar a extensão das suas consequências* – *maxime*, pelo facto de a determinação do seu montante e, por conseguinte, da prestação do segurador, estar entregue a terceiro. Por último, pressupõe-se que a prestação seguradora não esteja condicionada, no seu montante ou atribuição, à adopção de determinado nível de cuidado pelo segurado. Este pressuposto é, por sua vez, questionado quando são adoptados expedientes de afrontamento do risco moral, como os que analisaremos abaixo.

Quer a alteração de incentivos ocorra na esfera do segurado, quer na do terceiro-perito, o que é certo é que esta poderá fazer o valor das perdas

efectivamente sofridas em carteira divergir consideravelmente das previsões do segurador. Vimos acima, aliás, que os danos causados por eventos potestativos não estão em condições de ser segurados pela técnica tradicional – e, acrescente-se, quando sejam puramente potestativos não estarão em condições de ser segurados por qualquer das técnicas. Juridicamente não se encontrará o necessário interesse seguro; e economicamente não se encontrará a incerteza que é um pressuposto para a oferta de cobertura. Tal configura, porém, um grau máximo de risco moral – a pura potestatividade implica que não haja incentivos relevantes a que o facto não seja praticado. Aquém deste grau máximo, encontramos o fenómeno do risco moral em diferentes medidas, quer no âmbito de riscos passíveis de serem seguros pela técnica tradicional – pense-se no seguro contra incêndios, e na maior leviandade ou mesmo comportamento fraudulento que poderá desencadear por parte do segurado – , quer no âmbito de riscos que concitem outras técnicas – pense-se na maior leviandade que os sujeitos segurados, vg., contra risco de ciclone, possam ter em relação aos seus bens materiais existentes na área afectada. As consequências do fenómeno corresponderiam, pois, no limite, à inexistência de oferta de seguros em segmentos onde a incidência do risco moral fosse maior. Abaixo desse limite, correspondem a um aumento do nível dos prémios, como antecipação para um aumento da probabilidade de sinistro derivada da contratação.

Contudo, dada a imbricação co-natural do risco moral na contratação de seguros, é também já tradicional o uso de expedientes que visam contrariar a incidência daquele²⁴³. O sentido geral destes expedientes é o de *colocar a parte privilegiada pela assimetria numa posição similar àquela em que estaria se não tivesse havido transacção*: numa palavra, fazer o segurado actuar como se não o estivesse²⁴⁴. Poder-se-ia pensar que tudo estaria em antecipar contratualmente o nível de esforço a adoptar pelo “agente” em cada situação, condicionando a

²⁴³ É significativo que as prescrições dos estatutos que primeiramente se destinaram a regular o contrato de seguro (marítimo) – vg., os estatutos de Génova, Veneza, Florença e Barcelona do final do séc. XIV e início do séc. XV, de que nos dá nota LEVIN GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Ferdinand Enke, Estugarda, 1891, pp. 378-379 –, regulando apenas os pontos efectiva ou supostamente mais importantes do ponto de vista do interesse público, tenham tido centralmente em vista questões relacionadas com a prevenção do risco moral. Assim, trataram a questão da limitação ou proibição do seguro sobre navios ou outros bens alheios e a proibição do seguro do próprio navio ou bens transportados pela totalidade do seu valor.

²⁴⁴ Fazendo com que a estrutura de incentivos do segurado passe a assemelhar-se com “that of the insurer (or of the “prudent uninsured owner”)” – veja-se CAROL HEIMER, *Reactive risk and rational action, Managing moral hazard in insurance contracts*, University of California Press, Berkeley/Los Angeles/Londres, 1985, p. 9.

prestação da contraparte ao cumprimento desse clausulado. Tal raciocínio simplista não considera, porém, a impossibilidade de uma correcta e total antecipação das circunstâncias da execução contratual, nem tão-pouco a existência de custos de transacção ou o carácter oneroso, limitado e imperfeito da verificação desse cumprimento.

Assim, tanto encontraremos expedientes de afrontamento do risco moral que se constroem por referência a um dever genérico de diligência, não o particularizando em relação a cada circunstância possível – é o caso dos deveres de afastamento e mitigação do sinistro –, como expedientes que dispensam qualquer verificação do cumprimento de deveres – é o caso daqueles que limitam à partida a prestação do segurador. Note-se, por outro lado, que o grau de blindagem face ao risco moral adoptado pelo segurador em cada contrato – o número e o relevo dos expedientes pactuados em cada caso concreto – há-de depender também de um juízo de maior ou menor probabilidade da ocorrência de risco moral em cada caso. Para a formulação desse juízo, o segurador tenderá a lançar mão de técnicas de classificação dos riscos, nomeadamente, através da apresentação de questionários aos candidatos.

São estratégias múltiplas, que tratámos noutra sede²⁴⁵; aqui, daremos indicação das estratégias destinadas a afrontar o risco moral proveniente da esfera do segurado (ou de outro sujeito ligado ao risco). Costuma distinguir-se entre expedientes que se fundam no *fornecimento de uma cobertura incompleta do risco* e expedientes que se *fundam na observação, pelo segurador, do cuidado adoptado para evitar a perda*²⁴⁶. Contudo, claro está que o facto de a *constatação da falta de cuidado exigível implicar a perda do direito à prestação seguradora torna também estas hipóteses de fornecimento de uma cobertura incompleta do risco* – não é outra coisa o que temos vindo a afirmar relativamente às exigências de conduta sob escrutínio. Na verdade, ambos *reorientam parte dos efeitos das acções do segurado para a sua esfera*, visando “realinhar” o seu mapa de incentivos com os interesses do segurador e estimular a diligência espontânea do segurado. Vale aqui aquele que ARROW refere como o *princípio geral do co-seguro*, impondo uma partilha de riscos entre segurador e segurado, verificando-se, com vista a desincentivar a provocação

²⁴⁵ MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, "Risco moral...", cit., pp. 653 e ss.

²⁴⁶ STEVEN SHAVELL, "On moral hazard and insurance", *Quarterly Journal of Economics*, 4, 1979, pp. 541-562, p. 541.

do evento seguro pelo segurado, uma *transferência meramente parcial* das respectivas consequências para o segurador²⁴⁷.

A posição do segurador é porém bem diferente num caso e noutro, já que, num, a cobertura incompleta funciona *independentemente da prova* de qualquer falta de cuidado e, no outro, é uma *consequência desta prova*.

Os expedientes de fornecimento de cobertura incompleta do risco que funcionam independentemente dessa prova materializam-se na contratação com recurso a franquias (*deductibles*) – i.e., montantes fixos de perdas que o segurador não cobrirá, apenas cobrindo o eventual excesso –, a descobertos obrigatórios (*proportional coinsurance*) – face aos quais o segurador limita a sua responsabilidade apenas a uma determinada proporção do risco – ou a períodos de carência. No limite, a estratégia do fornecimento de uma *cobertura incompleta* do risco desembocará na *não segurabilidade de certos riscos ou de certos sujeitos*. De certos riscos, desde logo quando se entenda que a ordem jurídica não deverá compactuar sequer com a possibilidade da criação de um incentivo especial para os propiciar. Aqui se inserem, por exemplo, a proibição do seguro de responsabilidade criminal, a exigência legal de consentimento da pessoa segura para efeitos de celebração de seguro sobre a sua vida, bem como a proibição taxativa do seguro sobre a vida daqueles incapazes de consentir. Esta exclusão poderá ainda surgir por iniciativa do segurador, que entende não se dever expor às consequências patrimoniais especialmente desvantajosas associadas à materialização de certos riscos, propiciada pela celebração do contrato de seguro. Não segurabilidade de certos sujeitos, quando, à face de factos apurados nos preliminares da contratação – vg., um historial relevante de acionamento de seguros de incêndio relativos a várias casas do sujeito – se possa apurar um risco significativo de o sujeito pretender, uma

²⁴⁷ KENNETH J. ARROW, *The economics of information*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1984, pp. 85-86. Nos casos em que o agente é neutro face ao risco, mostra-se possível evitar o risco moral imputando-lhe, em troca de uma soma fixa, a totalidade das consequências dos seus actos. No caso dos seguros, em que os segurados recorrem ao segurador exactamente com vista à transferência para estes das consequências financeiras derivadas da ocorrência de um qualquer estado da natureza de verificação incerta, não se mostra possível o recurso a esta solução para fazer face às situações de risco moral da parte do segurado – veja-se Y. KOTOWITZ, "Moral hazard", STEVEN N. DURLAUF/LAWRENCE BLUME (coord.), Palgrave Macmillan, 2008, disponível em http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_A000040 (consultado pela última vez a 07.10.2008), p. 1. Os expedientes que mantêm parte das consequências do sinistro na esfera do segurado acabam, porém, por reproduzir parcelarmente aquela estrutura, assim se compreendendo que sejam ditos exactamente esquemas de co-seguro.

vez celebrado o contrato, causar dolosamente o sinistro²⁴⁸.

Esta estratégia tem, saliente-se, um relevante corolário negativo. Com efeito, ao limitar *a priori* as possibilidades de cobertura do risco, *independentemente da manifestação de qualquer tentativa de risco moral*, limita-se também *a priori* as possibilidades de funcionamento da socialização do risco que o seguro opera, com as correlatas perdas de bem-estar para os membros da comunidade²⁴⁹.

Já as *estratégias fundadas na observação do cuidado adoptado* pelo segurado bifurcam-se em dois grupos, em função do momento temporal da aferição daquela. Poderemos, pois, estar perante estratégias de observação *ex ante*, em que o *cuidado é aferido logo aquando da celebração do contrato*, ou perante estratégias de observação *ex post*, em que apenas *no momento do acionamento da cobertura* existe uma fiscalização do cuidado havido.

Assim, prestar-se-ão à observação *ex ante* comportamentos que se destinem a actuar preventivamente sobre as próprias condições materiais de ocorrência do sinistro, minorando os efeitos da menor diligência do segurado²⁵⁰. Poderá ser exigida aos segurados a adopção de sistemas de prevenção de risco, ou serem praticados grandes descontos nos prémios daqueles que os adoptem – é esta a sede das *exigências de conduta dirigidas à prevenção do sinistro* que nos ocuparão em grande medida na Parte V.

Quando sejam reduzidos os incentivos do segurado ao controlo do risco e a eficácia deste controlo dependa de actividades que causam externalidades positivas consideráveis – *vg.*, actividades de pesquisa e investigação –, poderá exigir-se a adjudicação do controlo do risco a uma terceira parte especializada. Podem ainda,

²⁴⁸ TOM BAKER, "On the genealogy...", cit., pp. 250 e ss. e 265-267 e 271, salientando a tónica que as técnicas iniciais de afrontamento do risco moral colocavam nesta triagem de sujeitos, através da avaliação das suas características e hábitos pessoais, numa abordagem muito permeada dos juízos morais da época, descreve a permanência deste tipo de análise no séc. XX, referida a novas categorias de contratantes indesejáveis – os hipocondríacos, os sujeitos que simulam doenças para evitar o trabalho, os sujeitos reputados como maus devedores – no que toca à intervenção dos seguradores, e a sua ausência no âmbito da análise económica.

²⁴⁹ Trata-se, porém, de pólo dialéctico a não hipertrofiar; desde logo, porque que os seguros não esgotam as formas de socialização do risco – pense-se, por exemplo, nos fundos de garantia, nas prestações, mormente não contributivas, da Segurança Social, ou mesmo na responsabilidade pelo risco. Possivelmente por não distinguir propriamente, nos seus fundamentos e efeitos, os seguros puramente privados, os financiados pelo Estado e os esquemas de garantia sem natureza seguradora, organizados pelo Estado, incorre DEBORAH A. STONE, "Beyond moral hazard: insurance as moral opportunity", *CILJ*, 1, 1999-2000, pp. 11-46, *passim* e sobretudo pp. 14-15 e 45-46, numa análise que nos parece desproporcionalmente focada nos aspectos virtuosos da técnica seguradora.

²⁵⁰ Quanto ao que se diz de seguida, veja-se CAROL HEIMER, *Reactive risk...* cit., pp. 14-15.

quando estejam em causa situações de risco de maior vulto, os seguradores não se bastam com a prova de adopção de tais sistemas de prevenção pelos segurados, procedendo eles próprios à sua inspecção e verificação. No entanto, esta actividade de controlo acarreta custos acrescidos, que, sendo repercutidos sobre o segurado, poderão trazer o prémio a um nível que afaste os candidatos à celebração do seguro²⁵¹. Trata-se aqui, em todo o caso, de situações em que os mecanismos de prevenção do risco actuam não como substituição, mas em complemento da transferência do risco.

Num terreno contíguo ao da observação *ex ante* e ainda próximo desta, coloca-se ainda a hipótese – que se poderá revelar um recurso apenas teórico, dados os custos implicados, que, repercutindo-se sobre o prémio cobrado, o tornam menos competitivo – de desincentivar o comportamento abusivo do segurado, inspecionando a sua actuação na sequência da contratação do seguro²⁵².

A *desvantagem* da observação *ex ante* é óbvia: a menor diligência do segurado apta a propiciar o sinistro não é normalmente observável no momento da contratação, nem se logra normalmente torná-la totalmente inócua *ab initio* através da adopção de sistemas de prevenção do risco. Tal observação carece, então, de ser complementada pela análise *ex post*.

Assim é, por exemplo, face ao expediente destinado a afastar hipóteses de mais evidente risco moral: a *liberação do segurador da sua prestação* quando o *sinistro* seja *causado intencionalmente* pelo tomador, pelo segurado ou pelo beneficiário. Com efeito, a aferição e prova da causação e intencionalidade exigirão uma observação subsequente ao sinistro. Note-se que esta regra é frequentemente concretizada na sede específica dos seguros de vida pela exclusão dos direitos contratuais do beneficiário do seguro que intencionalmente cause a morte da pessoa segura – e eis uma das hipóteses que acima referimos, de relevo da distinção entre desalinhamento intencional ou não intencional. Bem custoso se revelaria, com efeito, para o segurador, monitorizar a falta de diligência do beneficiário na manutenção da vida da pessoa segura. E, para a ordem jurídica, mostra-se claro não poder tolerar a sua supressão intencional.

A exclusão da cobertura de sinistros intencionais é complementada pelo expediente da imposição, por via legal ou contratual, da adopção de *medidas de*

²⁵¹ Cfr. KARL H. BORCH, *Economics...* cit., p. 317.

²⁵² KARL H. BORCH, *Economics...* cit., p. 329.

afastamento ou mitigação do dano, associado ao *direito à compensação das despesas aí incorridas*. A articulação dos dois regimes serve, assim, a prevenção do risco moral num arco temporal mais completo, que cobre tanto o período prévio ao sinistro (liberação do segurador do dever de prestar em caso de provocação dolosa do sinistro), como o que se inicia com o seu surgimento (deveres de afastamento e mitigação do dano).

No caso de contratos na vigência dos quais ocorre uma pluralidade de sinistros, invoca-se a utilidade de mecanismos que permitam uma adaptação das condições do contrato, determinando um aumento do prémio em face do superar de um determinado nível de sinistralidade ("experience rating")²⁵³. Este dado funciona, assim, como índice da falta de cuidado do segurado; a sua previsão no clausulado contratual poderá também, note-se, contribuir para a auto-selecção dos segurados. Análogo a este expediente é o que institui a possibilidade de resolução do contrato, pelo segurador, após uma sucessão de sinistros. Simplesmente, aqui, a conclusão por um perfil de risco elevado que se extrai da sucessão de sinistros tem por consequência não a modificação, mas a cessação do contrato.

Em face dos seguros em que o *sinistro co-implica a prestação feita por um perito*, tal como o seguro de saúde e o seguro de assistência jurídica, poderá pensar-se na avaliação feita por este perito como um expediente de controlo do risco moral. Este tipo de controlo está longe, porém, da eficiência, desde logo porque, como referimos, a vantagem financeira do perito prestador está frequentemente associada ao montante dos "danos".

Uma cumprida observação do cuidado colocado pelo segurado na prevenção do sinistro requer a *possibilidade de monitorizar, na vigência do contrato*, a evolução do risco representado pelo contrato de seguro. Por um lado, o conhecimento da alteração do risco, no sentido do seu agravamento, alerta o segurador para eventuais situações de incumprimento contratual; por outro, pode também, quando for substancial, abrir ao segurador a possibilidade de propor a modificação do contrato ou a sua cessação, abrindo janelas de *renegociação contratual*²⁵⁴. A *obrigatoriedade de proceder à comunicação do agravamento do*

²⁵³ WALTER KARTEN, "How to Expand... ", cit., p. 520. Desvaloriza os ganhos trazidos por este expediente para efeitos de afrontamento do risco moral RALPH A. WINTER, "Optimal... ", cit., pp. 223 e ss., considerando que este não traria ganhos face aos expedientes assentes na retenção de parte do risco na esfera do segurado.

²⁵⁴ Sobre a importância desta estratégia, veja-se CAROL HEIMER, *Reactive risk...* cit., cit., pp. 16-17.

risco funciona, assim, também como mecanismo de desincentivo do segurado da adopção de condutas que possam conduzir a uma alteração das circunstâncias do risco, no sentido da sua potenciação. Relativamente ao risco moral posterior ao sinistro e apto a aumentar a extensão dos danos, relevam os regimes que instituem um *dever de participação do sinistro dentro de um certo prazo* – aqui, de um modo mais evidente, a comunicação da ocorrência do sinistro é condição para o estabelecimento das circunstâncias em que este ocorreu e da sua exacta extensão. Neste conjunto, são também de incluir as disposições que obrigam o segurado a *comunicar ao segurador a existência ou celebração de contratos de seguro que garantam contra o mesmo risco*. A celebração, mormente num período curto, de vários contratos relativos ao mesmo risco, colocará o segurador de sobreaviso quanto às expectativas do segurado em relação à ocorrência do sinistro, podendo levá-lo a optar por não contratar, ou, na vigência do contrato, por tomar as precauções necessárias a uma investigação minuciosa do sinistro que venha a ocorrer.

Embora a análise *ex post* implique a análise de um menor número de esferas do que a observação *ex ante*, não poderá por tal facto dizer-se menos onerosa. Com efeito, assim como a verificação *a priori* da adopção de sistemas de prevenção se poderá revelar pouco custosa – mormente, tratando-se de prova voluntariamente fornecida pelo segurado, que pretenderá agilizar a contratação –, o controlo da diligência *a posteriori* implicará frequentemente um *processo de obtenção de prova* difícil e oneroso. Tal ocorre não só por determinados sinistros dificultarem a observação dos comportamentos preventivos adoptados – pense-se na destruição dos dispositivos de prevenção de fogo por um incêndio –, como, notoriamente, pelo interesse do segurado em ocultar a sua menor diligência ou mesmo o seu comportamento causador do sinistro.

§ 2. Do substrato prático-económico à valoração jurídica

As razões para a imposição aos sujeitos ligados ao risco das exigências de conduta que aqui analisamos – *hoc sensu*, as razões para que se retire do seu não cumprimento consequências desfavoráveis, geralmente reflectidas logo em sede de cobertura – fazem-se sentir em dois momentos. Por um lado, impõem que o contrato erga já as barreiras necessárias a estes comportamentos – projectam-se então

enquanto normas de validade; por outro lado, impõem que os respectivos sujeitos passivos sofram consequências pela sua adopção, desde logo em sede de cobertura – projectam-se então enquanto normas de conduta.

Ora, tratando-se da fiscalização da convenção – do contrato de seguro –, curase da *colocação de limites à vontade das partes*. Pelo que pontificam aqui argumentos antes de mais atinentes à *protecção do tráfico jurídico em geral*. Como *normas de validade* actuarão, pois, antes de mais, os comandos da ordem pública e dos bons costumes. O comando da boa fé apenas recentemente foi chamado a actuar enquanto norma de validade, vindo policiar a justiça da conformação do contrato quando uma das partes se serve de cláusulas contratuais gerais; abordá-lo-emos nessas vestes na parte V. A compreensão o modo como estes parâmetros se projectam sobre o contrato de seguro *pressupõe a compreensão do seu sentido prático-económico, que as partes pretendem dotar de juridicidade*. Esta compreensão permite que o regime destas exigências de conduta não seja contemplado *a priori* de um modo enviesado, com a atenção focada apenas nos perigos que advém, para terceiros e para a contraparte, da esfera dos sujeitos ligados ao risco.

Quando estamos perante a fiscalização da conduta dos sujeitos ligados ao risco, estamos, antes de mais, a sair em defesa do primeiro afectado por ela, através da membrana do contrato. Como norma de conduta importa, pois, antes de mais a boa fé. Para além desta, quando se lesem interesses do tráfico jurídico geral, pode referir-se também como padrões de valoração e orientação da conduta os parâmetros da ordem pública ou bons costumes – embora, quando esteja em causa o atentado contra bens de terceiro, a ordem pública, que poderia estar em causa, não acrescente muito à invocação da norma protectora desses interesses, em concreto violada.

A. Relevo da mutualidade. Questionamento.

A protecção da *Gefahrgemeinschaft* ou "Versichertengemeinschaft" (vg., MAURER) é recorrentemente invocada na doutrina alemã enquanto um dos pilares do regime das *Obliegenheiten*. Estas existiriam, assim, para proteger a mutualidade

face a agravamentos do risco favoráveis ao tomador individual²⁵⁵.

Assim, ainda recentemente, a propósito da alteração ao regime das *Obliegenheiten* na VVG, foram repetidos os apelos à figura. A ideia da comunidade de segurados surge invocada para daí se retirar um corolário simples: se os comportamentos grosseiramente negligentes ou dolosos não pusessem em causa a cobertura, devendo ter-se por cobertos os sinistros ou os seus efeitos que deles decorressem, *seria a comunidade de segurados a suportar, afinal, os efeitos de tais comportamentos, através de um agravamento dos prémios*²⁵⁶. Por força da técnica seguradora da mutualidade, o agravamento do risco segurado *sempre se repercute no prémio exigido à(s) classe(s) de segurados por ele afectadas*; como tal, a delimitação secundária do risco que ocorre por via dos regimes dos deveres de conduta ligados ao risco serve sobretudo a protecção do conjunto dos segurados, porque serão estes afinal a arcar com tais consequências. Os remédios que implicam a dissolução do contrato são, nesta linha, explicados com a ideia de que o segurador deve poder libertar o colectivo da suportaçãõ do risco agravado implicado por um segurado faltoso²⁵⁷.

Cumpre, pois – *sobretudo, depois do excursõ em torno da técnica seguradora, que relativiza a importãncia da técnica da mutualidade na cobertura seguradora dos riscos* –, perceber a pertinência e o alcance destes argumentos escorados no apelo a uma comunidade de segurados.

Embora a nota da mutualidade seja tradicional nas definições do contrato de

²⁵⁵ ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller Kommentar, I*, Walter de Gruyter & Co., Berlim, 1961, p. 185; veja-se, por exemplo, o apelo à protecção dos interesses da *Gefahrgemeinschaft* na construção do regime dos agravamentos do risco, na p. 375. Não só na doutrina alemã: veja-se, na doutrina francesa, já em MAURICE PICARD/ANDRÉ BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, cit., p. 18, a articulação entre a técnica dos seguros e as medidas de prevenção, pelas quais nos esforçamos por prevenir ou atenuar os sinistros, e que contribuem para criar a segurança a que está votado o seguro.

²⁵⁶ Assim, CHRISTIAN ARMBRÜSTER, *Das Alles-oder-nichts...* cit., repetidamente – por exemplo, pp. 36 e 43-44. No pensamento de Armbrüster, a referência ao conjunto dos tomadores ("Gesamtheit der Versicherungsnehmer") é um dos dois pólos em que assenta a análise do regime, sendo o outro o das expectativas e necessidades de um tomador prudente. Na doutrina recente, veja-se, de resto, também SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 196 e 217-218, considerando que – claro está, para o caso apenas das que designa por *Obliegenheiten* em sentido estrito – no caso dos seguros, a par do interesse do segurador no cumprimento, relevariam também os interesses da mutualidade de segurados; e JULIA CAROLINE SCHERPE, *Das Prinzip der Gefahrgemeinschaft im Privatversicherungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2011, pp. 228 e ss., a cujo pensamento tornaremos. Na doutrina suíça, cfr. ALFRED MAURER, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, Stämpfli & Cie, Bern, 1995, p. 348, em nota.

²⁵⁷ Na doutrina francesa, HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 93 e ss.

seguro adoptadas pela dogmática de várias das ordens jurídicas europeias²⁵⁸, foi na dogmática alemã²⁵⁹ que, ao longo do séc. XX, e com maior fôlego foi sendo revisitada a fundamentação da referência a uma *Gefahrgemeinschaft*. O desenvolvimento e difusão do conceito é muitas vezes atribuído a BRUCK²⁶⁰; no entanto, surge já em GOLDSCHMIDT ou em EHRENBERG²⁶¹. O entendimento tradicional do relevo jurídico de tal referência é o sufragado por BRUCK e por MÖLLER²⁶².

²⁵⁸ Esta linha de pensamento encontra-se representada entre nós sobretudo no escrito de ALVARO DA COSTA MACHADO VILLELA, *Seguro...* cit., pp. 32 e 72. Louvando-se na doutrina de Chaufton, o autor define o seguro de vida como a compensação dos efeitos do acaso sobre a actividade económica dos indivíduos por meio da mutualidade cientificamente organizada, considerando que apenas através da organização técnica do seguro com recurso à estatística se distancia o seguro do jogo e aposta. Segundo o autor, o seguro de vidas (a prêmio) é sempre uma mutualidade, por ser sempre, na expressão de Wagner, o “consórcio dos segurados” o verdadeiro segurador. Este consórcio é formado pela associação dos indivíduos sujeitos ao mesmo risco, face à qual é possível a determinação do risco por força da regularidade estatística dos eventos. Na ordem jurídica francesa, cfr. MAURICE PICARD/ANDRÉ BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, cit., pp. 1 e 17 e ss., considerando exactamente que a mutualidade está necessariamente na base de todo o seguro – para os autores, “[I]’assurance est en effet une technique, la technique de la solidarité par la mutualité”; na actualidade, tal invocação prossegue nas vozes autorizadas de HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 93 e ss. Na ordem jurídica italiana, como é sabido, as coordenadas económicas assomaram ao plano jurídico por via da referência ao elemento empresarial, sob a decisiva influência da “teoria dell’impresa”, de CESARE VIVANTE, *Trattato...* cit., pp. 425 e ss.; recentemente, não obstante, a ideia de que o traço distintivo do contrato de seguro residiria no recurso à técnica específica da mutualidade, supondo a integração do risco transferido numa massa de riscos homogêneos, foi afirmada por MARCO ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni, I, L’impresa di assicurazione, Il contratto di assicurazione in generale*, CEDAM, Pádua, 2011, pp. 750-751.

²⁵⁹ Cfr. JULIA CAROLINE SCHERPE, *Das Prinzip...* cit., p. 119, concluindo, após excuro juscomparatístico, que a moldagem jurídica da categoria é mais pronunciada na doutrina alemã.

²⁶⁰ Cfr., sobre esta evolução, JULIA CAROLINE SCHERPE, *Das Prinzip...* cit., pp. 15-16.

²⁶¹ Por exemplo, em LEVIN GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte...* cit., p. 354 e ss., definindo exactamente a “Assekuranz” como “technisch diejenige Rechtseinrichtung [...] welche die Folgen eines zufälligen nachtheiligen Ereignisses (“Unfalls”) für das Vermögen einer von demselben betroffenen Person dadurch mindert, daß sie dieselben auf mehreren Vermögen vertheilt, somit zwischen diesen eine rechtliche Gefahrgemeinschaft begründet”. Segundo o autor, esta figura só se torna um elemento regular da economia quando se liga um certo número de esferas individuais de exposição ao risco a um risco comum, de modo a compensar o dano dentro de tal conjunto – ainda num puro mecanismo, portanto, de compensação de perdas. VICTOR EHRENBERG, *Versicherungsrecht, I*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1893, pp. 15-17, reportando-se também às “Gefahrgemeinschaften”.

²⁶² ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., pp. 96-97; HANS MÖLLER, “Moderne Theorien zum Begriff der Versicherung und des Versicherungsvertrages”, in *Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Assicurazioni, I*, AIDA (coord.), Dott. Antonio Giuffrè, Milão, 1963, pp. 247-275, pp. 252 e ss.; similarmente, JÜRGEN PRÖLSS, “Vorbemerkung zur Anwendung des Versicherungsrechts”, in *Prölss/Martin Kommentar*, ULRICH KNAPPMANN/JÜRGEN PRÖLSS/HELMUT KOLLHOSSER (coord.), C. H. Beck, Munique, 1998, pp. 1-52, pp. 37-39, considerando que, na sua completude, o contrato de seguro cumpre a sua função através da, ainda que apenas pretendida, reunião de um grande número de sujeitos ameaçados por um risco, que aportam os meios de realização da prestação do segurador, para que este proceda à compensação dos seus riscos, calculada segundo a lei dos grandes números. Assim, ao passo que o elemento empresarial não tem qualquer relevância contratual, tem-na já o elemento técnico. Na sua forma cabal (“Vollform”), o tipo pressupõe a técnica da mutualidade e a inerente contratação massificada.

Considera-se que não existe seguro sem a combinação de uma multiplicidade de riscos, de modo a que a lei dos grandes números possa operar. Este ponto de partida é, porém, necessariamente temperado – de outro modo, não sobreviveria ao primeiro embate prático²⁶³. Admite-se, assim, que, para que se possa falar de uma tal *Gefahrengemeinschaft*, basta a intenção de levar a cabo uma actividade planeada, de acordo com o específico plano de negócios de cada empresa. Mais se admite que, frequentemente, não é pré-determinável a probabilidade de materialização do sinistro – por exemplo, em relação a seguros por riscos de guerra, nucleares, de crédito à exportação ou de desemprego. Nestes casos, a técnica seguradora deve recorrer a outros meios, que lhe permitam prescindir daquela previsibilidade – como o sejam sistemas de partilha de custos ou de efectuação de contribuições adicionais pela mutualidade dos segurados ou o recurso a garantias estatais. De resto, considera-se que o fito de protecção do segurado impõe que se trate juridicamente como um seguro o que externamente se conforme como tal, ainda que lhe não esteja subjacente uma comunidade de risco.

Segundo esta perspectiva, tal compreensão ilumina vários passos do regime contratual, não só impondo limitações ao exercício da liberdade contratual que pudesse redundar em prejuízo da comunidade de segurados, como justificando o regime da indivisibilidade do prémio ou a previsão de várias cláusulas de exclusão de riscos do contrato²⁶⁴. Por outro lado, a divisão legal dos seguros em ramos e

Seja-nos permitido remeter ainda para o nosso MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida...* cit., pp. 221 e ss., que em parte retomamos em texto.

²⁶³ Recorde-se que já VICTOR EHRENBURG, *Versicherungsrecht*, cit., pp. 15-16, usando a repartição do dano por um grande número de pessoas afectadas por riscos idênticos como factor de contraposição face a outros tipos contratuais, o fazia nos quadros de um discurso não essencialista, mas em termos do que geralmente se entende por seguro. Na verdade, o autor salienta, nas pp. 61-65, a dispensabilidade da nota da "planmässiger Großbetrieb" – ou seja, da contratação com um prestador que exerce tal actividade em moldes empresariais – como caracterizadora do contrato de seguro: também um contrato celebrado isoladamente poderia ser qualificado como um seguro. ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 96; HANS MÖLLER, "Moderne Theorien...", cit., pp. 258-259: não é necessário ao seguro que o risco em causa seja tecnicamente passível de avaliação; desde que se mantenha o elemento da empresa, tratar-se-á de seguro, ainda que tal empresa seja gerida de modo economicamente pouco racional; JÜRGEN PRÖLSS, "Vorbemerkung...", cit., pp. 37-39, fiel à abordagem tipológica que sufraga, entendendo que, faltando este elemento, não deixa de ser aplicável ao caso o regime do contrato de seguro, na parte que não pressuponha aquele carácter.

²⁶⁴ ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 97; JÜRGEN PRÖLSS, "Vorbemerkung...", cit., pp. 37-39, considerando que é por referência a esta técnica que se orientam várias das disposições que regem o contrato de seguro – marcadamente, as concernentes à declaração inicial do risco e aos agravamentos do risco, bem como ao regime dos prémios. São muito similares os argumentos de Direito positivo francês invocados por HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 93 e ss., para fundar a essencialidade da referência do contrato à técnica seguradora. Em primeiro lugar, só assim se explicaria o princípio da

modalidades mostra-se um reflexo da homogeneidade dos riscos postulada pela organização desta comunidade de acordo com a técnica da mutualidade. Note-se que *esta comunidade não cria qualquer relação entre os sujeitos expostos ao risco, nem funda a pretensão de que a actuação que melhor sirva a comunidade de riscos seja a que melhor serve cada um dos individuais segurados*. No entanto, o facto de a solvabilidade financeira do segurador se ver ameaçada funda a rescisão contratual.

Actualmente, a maioria da doutrina resiste, contudo, a retirar consequências jurídicas das figuras económicas subjacentes ao contrato²⁶⁵.

É assim face à referência à *Gefahrengemeinschaft*, considerando-se actualmente que o conceito, além de impreciso, é de todo irrelevante para efeitos jurídicos²⁶⁶, ou, ao menos, goza aí de um relevo extremamente limitado, praticamente limitado ao plano da qualificação. E, mesmo neste plano da qualificação do contrato, a mobilização do argumento encontra-se relativizada. Já assim era antes da actual VVG, face à constatação prática de que o seguro pode ser praticado para além da técnica da mutualidade – vg., face a um contrato de cobertura de um risco singular, como não era de todo estranho em sede de seguros de grandes riscos²⁶⁷. Esta visão flexível do âmbito de aplicação do regime legal ganhou fôlego com o novo recorte do § 1 da VVG, claramente apontando no sentido de uma abordagem tipológica. Assim, a referência à técnica da mutualidade, assente na lei dos grandes números, é tida como um elemento a ponderar para efeitos de qualificação, e não como nota essencial para preenchimento dos pressupostos da sua aplicação²⁶⁸.

proporcionalidade do prémio, que percorre todo o regime do contrato, desde a declaração inicial do risco, aos deveres subsequentes de declaração de todas as alterações das circunstâncias passíveis de influenciar a sua apreciação, ao direito de recesso atribuído ao segurador no caso do seu aumento para lá do comportável, ou do agravamento do prémio em conformidade, à regra da divisibilidade do prémio – ao ponto de o sentido do pagamento do prémio se tornar mais claro se se pensasse que se tratava, no fundo, de uma obrigação em relação à mutualidade. Por outro lado, a discriminação legal das menções obrigatoriamente contempladas na apólice não se compreenderia em face de uma operação isolada, mas apenas quando a contratação fosse pensada sobre o fundo da mutualidade, nem de outro modo se compreenderia que o legislador excluísse certos riscos atípicos, como o de guerra, da cobertura. Por último, só se compreenderia a faculdade de rescisão após sinistro atribuída ao segurador se se pensasse que esta servia para desembaraçar a mutualidade de um risco indesejável, já não fazendo sentido aquela quando pensada no plano do contrato individual.

²⁶⁵ HELMUT HEISS, "§ 28", cit., nm. 30.

²⁶⁶ KARL SIEG, "Bemerkungen zur "Gefahrengemeinschaft"", *ZVersWiss*, 2-3, 1985, pp. 321-326, p. 321.

²⁶⁷ KARL SIEG, "Bemerkungen...", cit., p. 323. Lembre-se, de resto, que o contrato de seguro antecedeu o desenvolvimento e aplicação dos métodos estatísticos aos seguros.

²⁶⁸ DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 1...* cit., nm. 56; CHRISTOPH BRÖMMELMEYER, "§ 1", in

Fora do âmbito da qualificação, a referência considera-se actualmente, de modo generalizado, desprovida de relevância jurídica²⁶⁹. Para além da imprecisão do conceito, considera-se obnubilador e forçado impor aqui a referência do contrato a uma comunidade – pelos mesmos motivos, a construção de um sentido comunitarista que chegou a ser prática face ao contrato de trabalho, foi entretanto abandonada. Não intercede qualquer relação jurídica entre os segurados integrantes da mutualidade – estes não estão vinculados a deveres de consideração mútua, não existindo sequer contacto social entre eles²⁷⁰. A única relação juridicamente relevante é a que intercede entre o segurador e o tomador, segurado ou beneficiário, não podendo o conteúdo dos direitos destes ser afectado por invocação dos direitos dos demais segurados; e tal relação configura um contrato de troca²⁷¹. De resto, assinala-se exactamente que tal construção tem dificuldade em acolher a fragmentação de posições jurídicas que vale do lado da relação oposto ao do segurador²⁷². E, por último, que a alteração da VVG pura e simplesmente removeu aqueles alegados corolários úteis da compreensão, prevendo a mera redução da prestação nas hipóteses de actuação com negligência grosseira e instaurando, com carácter semi-imperativo, a regra da divisibilidade do prémio (§§ 39 e 42).

Considerações similares têm levado a que se atribua relevo apenas marginal também às teorias que pretenderam, por apelo a tal dado económico subjacente ao seguro, construir posições jurídicas para as partes no contrato²⁷³. De resto – e na

Versicherungsvertragsgesetz Handkommentar, WILFRIED RÜFFER/DIRK HALBACH/PETER SCHIMIKOWSKI (coord.), Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 59-79, nm. 16. Não assim, porém, HORST BAUMANN, "§ 1", in *Bruck/Möller, I*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/KATHARINA JOHANNSEN/RALF JOHANNSEN (coord.), De Gruyter Recht, Berlim, 2008, pp. 281-389, pp. 293 e 301, que defende que é ao menos necessária a tentativa de inserir o risco tomado num todo de riscos, para, com os prémios recebidos, conseguir financiar as prestações devidas, nunca se podendo renunciar totalmente a esta nota caracterizadora do tipo. Esta compreensão articula-se com aquela que o autor tem da posição do segurador, e que a associa a duas obrigações principais, de segurança e de compensação. O que estaria em causa seria colocar o segurador em condições de cumprir com essa obrigação de segurança. Tal seria matéria da supervisão de seguros, mas o autor admite a sua incidência na esfera contratual ao menos pela categoria da base do negócio: esta incluiria a tentativa do segurador de compensação de riscos através da constituição de um colectivo de riscos.

²⁶⁹ Dá conta de tal JULIA CAROLINE SCHERPE, *Das Prinzip...* cit., pp. 7 e 13. A autora assinala que a jurisprudência invoca amiúde o conceito, mas sobretudo como anexo dos interesses do segurador – sem conteúdo de fundamentação autónomo, portanto.

²⁷⁰ KARL SIEG, "Bemerkungen...", cit., p. 322.

²⁷¹ HELMUT HEISS, "§ 28", cit., nm. 30.

²⁷² KARL SIEG, "Bemerkungen...", cit., p. 323.

²⁷³ É o caso da teoria do *dever de optimização do prémio* ("Optimierungspflicht") pelo segurador, de JÜRGEN PRÖLSS, "Der Versicherer als "Treuhand der Gefahrengemeinschaft" – Zur Wahrnehmung kollektiver Belange der Versicherungsnehmer durch den Privatversicherer", in *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, CLAUS-WILHELM CANARIS/UWE DIEDERICHSEN (coord.), C. H. Beck'sche, Munique, 1983, pp. 487-535, pp. 490 e ss. Para o autor, para além de um

mero interesse na obtenção da prestação seguradora, ao tomador interessam as condutas negociais do segurador. Esta relação tomador-segurador destaca-se da comum relação entre um empresário e o seu cliente, já que os interesses em causa não são contrapostos – *hoc sensu*, adversariais –, não sendo segurador e tomadores antagonistas no mercado (488-490). O significado da optimização do prémio (pp. 491-493) é o seguinte: entre o prémio desembolsado pelo tomador e a perda potencial face à qual este se protege deve existir a menor diferença possível. Para explicar tal afirmação, o autor decompõe o prémio em duas componentes: o prémio líquido e a componente de custos. A parte atinente ao prémio líquido é a que visa fazer face à perda esperada, devendo, segundo o autor, para que o prémio seja justo, o prémio cobrado não ser inferior ao valor da perda esperada – de outro modo, a cobertura do risco será insustentável – nem ser a ela superior – de outro modo, o prémio será sub-óptimo, deflectindo mais do que os recursos necessários da esfera do tomador (cfr. também pp. 523 e ss.; assumimos que, ao tratar a perda esperada, o autor toma já em consideração valores estatísticos prudencialmente corrigidos, embora o autor não seja claro nesse sentido). A optimização deverá valer também em relação à componente de custos do prémio, devendo cada tomador ser apenas sobrecarregado com a despesa que directa – porque é ele directamente que a gera – ou indirectamente – porque corresponde à repartição dos custos implicados pela exploração da empresa de seguros pelos tomadores-segurados – o beneficia. Esta optimização não vedaria o segurador da busca dos ganhos, mas impor-lhe-ia limites a tal obtenção, devendo tais ganhos ser também optimizados. Assim, seria adequado ao segurador obter ganhos pela cobrança de um diferencial aplicado ao prémio calculado como somatório daquelas duas componentes; mas não seria já adequado o empolamento de qualquer daquelas duas componentes para sob elas extrair o ganho.

Ora, uma cobertura ampla pode entrar em contradição com esta função de optimização (pp. 495-496). *Primo conspectu*, dir-se-ia que não: a cobertura a fornecer seria um ponto de partida para a aferição da optimização, não podendo ambas colidir. O autor considera, porém, que tal só é assim relativamente a circunstâncias que aumentam de igual modo o risco de todos os segurados – e não face a circunstâncias que influenciam de modo diverso o risco dos vários segurados. Neste último caso, a prática de iguais condições para todos levaria a que os riscos mais baixos financiassem os riscos mais elevados – o que resultaria numa violação da função de optimização. Esta seria a perspectiva probante para enquadrar, segundo o autor, tanto o regime do agravamento do risco, como os regimes da exclusão da cobertura da causação culposa e o da proibição do enriquecimento. O primeiro (pp. 497 e ss.) liberta o segurador de tomar antecipadamente em conta no contrato todas as circunstâncias aptas a influenciar o risco. É à luz das considerações supra expendidas que o autor interpreta este regime: agravamentos que afectem por igual todos os segurados não constituem agravamentos do risco relevantes; os que afectem de modo desigual os diferentes segurados apenas poderão deixar o contrato incólume quando forem irrelevantes. A função de optimização (pp. 507 e ss.) sofre entorses nas hipóteses de agravamento objectivo do risco, já que a lei permite que o segurador fique vinculado a um contrato que não cumpre já aquele comando; mas que é intransigente nos casos de agravamento subjectivo do risco. Como tal, não era posta em causa a função de optimização quando estávamos perante *Obliegenheiten* a cumprir antes do sinistro: aí, tratava-se antes da delimitação da cobertura, perante a qual se colocaria, apenas num segundo passo lógico, a função de optimização. O regime da exclusão da cobertura do risco subjectivo (pp. 499-450) é também perspectivado a esta luz: se não houvesse esta exclusão de base, os segurados com níveis de risco subjectivo normal sobrecarregariam os demais. Por outro lado, a mera existência de pretensões fundadas em risco subjectivo que não deveria ser coberto sobrecarrega o segurador com encargos de averiguação – que depois oneram os segurados; pelo que estas tentativas de accionamento indevido do segurador deveriam ser contidas. É ao princípio da proibição do enriquecimento que o autor assaca essa função – pelo que também o sentido imperativo com que o princípio indemnizatório então valia é explicado por esta via. Com efeito, tal compreensão da *ratio* do princípio da proibição do enriquecimento delimitava o seu campo de aplicação: este não deveria valer para impedir a satisfação dos interesse razoáveis que, vg., o seguro a valor novo permitia satisfazer; mas apenas para desincentivar a causação voluntária do sinistro.

Após explicitada tal função optimizadora, o autor não se basta com esta; entende (pp. 519 e ss.) que intercede aqui um verdadeiro dever. O tomador não teria apenas um interesse na prestação do segurador em caso de ocorrência de sinistro; o seu interesse manifestava-se já antes desse momento e dirigia-se à própria relação entre a sua prestação e a contraprestação – pois que, como Prölss começa por explicitar, o sentido do recurso ao seguro pelo tomador se escora na relação entre o valor dos prémios a desembolsar e o da perda esperada. Daqui o autor retira que o não cumprimento da função optimizadora é desde logo uma violação do interesse na prestação e configura cumprimento defeituoso. Porém, o guardião deste verdadeiro dever de optimização é a autoridade encarregada da

linha do que vimos de dizer – a regulação dada pela nova VVG à matéria da "Überschussbeteiligung" veio resolver a questão que ainda concitava o surgimento de tais construções, colocado a tónica na transparência e não na imposição de

supervisão seguradora. Não faria sentido atribuir ao tomador o direito de exigir o cumprimento coercivo de tal dever, uma vez que tal poderia pôr em causa a sustentabilidade financeira do segurador; a mesma perturbação adviria da concessão de uma pretensão reparatória. Tal tutela estava, sim, a cargo da autoridade de supervisão, de acordo com a fiscalização da actividade dos seguradores segundo o parâmetro dos interesses dos segurados. Tal obrigaria (pp. 523 e ss.) o segurador (nomeadamente) não só à mobilização de dados estatísticos adequados, como ao recorte de classes de risco o mais restritas possível, de modo a não fazer com que os tomadores-segurados cujo risco não fosse dotado de certa característica agravante acabassem por financiar os tomadores-segurados cujo risco dela não fosse dotado; como ainda à omissão de pagamentos indevidos. Destes mesmos fundamentos retira o autor, finalmente (pp. 530 e ss.), um dever de tratar de modo igual todos os tomadores-segurados – dever que decorreria do dever de optimização do prémio.

Esta tese cai pela base desde logo porque tais considerações apenas se imporiam se tivessem apoio normativo – e não o têm (assim, JULIA CAROLINE SCHERPE, *Das Prinzip...* cit., p. 219, afirma que, na construção de Prölss, esta obrigação "scheint ein wenig aus dem "Nichts" heraus zu existieren uns tatsächlich womöglich eher einem wirtschaftlichen Wunsch nach gerechter Handhabung des Versicherungsgeschäfts zu entspringen"). Nem o autor funda cabalmente uma especificidade do interesse do tomador-segurado que permita fundar um interesse na relação prestação-contraprestação diferente de outros contratos em que se coloque a – não de todo incomum quando se trata de serviços e se pensa em adquirentes empresariais – opção entre a produção *in-house* e o *outsourcing*; nem invoca regras legais que permitam afirmar tal dever – das regras genéricas que determinam o exercício das competências de supervisão de acordo com os interesses dos segurados não se pode retirar dever não só tão específico, como tão ingerente na esfera do modo de negócios do segurador. De resto, nem as ponderações que o autor faz se justificam sempre em termos de justiça subjacente ao contrato: vg., o dever que o autor pretende afirmar de recorte o mais restritivo possível das classes de risco limitaria injustificadamente algumas das manifestações da solidariedade entre bons e maus riscos própria do seguro, ao arrepio mesmo das tendências recentes de promoção do acesso de certos portadores de riscos agravados a uma cobertura acessível – vg., a cobertura do risco de vida de um sujeito com VIH apenas deveria, à luz do pensamento do autor, ser mutualizada face a outras esferas de risco de portadores de VIH, para impedir o pagamento de prémios sub-óptimos pelos melhores riscos.

Acusada de falta de fundamento, a teoria de Prölss não deixa de ser tida como indicadora de um caminho que, devidamente escorado, se revela profícuo – é isso mesmo que se reflecte no pensamento de JULIA CAROLINE SCHERPE, *Das Prinzip...* cit., pp. 216-220, 283 e 362. Segundo a autora, a construção de Prölss vai longe demais, mas aponta no sentido correcto de *lege ferenda*; salienta, pois – e com isso se demarca decisivamente do pensamento de Prölss –, que se trata de uma via a percorrer *de iure condendo*, não decorrendo directamente do direito já constituído. O princípio da comunidade de risco e o da igualdade entre segurados que nele assenta fundam que deva aqui haver uma separação entre as componentes do prémio, sobre a qual a supervisão deverá proceder ao controlo – não sistemático, mas por amostragem – da equivalência entre risco e prémio. Desta componente do prémio deverá resultar uma mera possibilidade de ganho por parte do segurador, e não estar nela inscrito um ganho à partida (p. 217). Não se trata aqui de um dever de transparência relativamente aos ganhos, mas antes do dever de cálculo da componente de risco do contrato no cumprimento dos comandos da boa técnica seguradora (p. 215), bem como da prevenção da prática do financiamento cruzado dos custos de administração.

Nesta linha, manifestou-se também a teoria da equipa de segurança ("Sicherungsteam") de HALLER (cit. ap. KARL SIEG, "Bemerkungen...", cit., pp. 324-325, também para a crítica) enjeita a referência a uma *Gefahrengemeinschaft* e reporta-se antes a uma "Sicherungsteam", não envolvendo o conjunto dos segurados, mas sim o segurador e o tomador. Reportando-se ao modelo do seguro com prestação de serviços de apoio ao cliente, o autor considera que a relação de seguro se explica numa colaboração estreita entre estes serviços do segurador e o tomador-segurado, destinada à consecução de um nível óptimo de segurança. A construção do autor é, porém – descontadas outras críticas que se poderiam dirigir ao seu artificialismo – juridicamente irrelevante, já que nada acrescenta ao que resultaria de outros preceitos.

especiais deveres de cálculo ou configuração do prémio por parte do segurador – cfr. o § 153, que regula amplamente a distribuição de lucros face às "stille Reserven"²⁷⁴. Para lá deste ponto, entende-se que as demais tentativas de enquadramento da posição do segurador perante a mutualidade não têm conteúdo jurídico: o segurador actua no âmbito da sua liberdade e responsabilidade comercial ao cunhar as condições que oferece²⁷⁵.

Pareceria, pois, neste contexto, improvável o papel que à invocação da comunidade de segurados começou por se reconhecer. A superação de tal aparente paradoxo implica situar correctamente o argumento – daí decorrerá a extensão da sua utilidade. Ora, a doutrina mais recente – e, sobretudo, a que especificamente se debruçou sobre a figura da *Gefahrengemeinschaft*²⁷⁶ – tem concordantemente sublinhado que não se trata aqui de uma fonte de posições jurídicas, mas antes de um *precipitado do substrato económico de uma parte substancial dos seguros na axiologia que preside ao contrato*. Reconhece-se – como não poderia deixar de ser – que esta técnica não explica toda a prática dos seguros; mas frisa-se que continua a explicar a parte mais representativa de tal prática, atinente à generalidade dos seguros de massa²⁷⁷. Trata-se, então nesta sede de destacar o facto económico de que os *contratos individuais, devido à construção de colectivos de risco, não vivem isolados uns a par dos outros*: antes se influenciam mutuamente, podendo, pois, surgir conflitos de interesses entre eles. Este princípio surge, pois, a corporizar o vector da ponderação dos interesses da generalidade dos segurados no

²⁷⁴ ALEMANHA, *VVG-RegE*, cit., pp. 51-54; DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 1...* cit., nm. 82. Referimo-nos a construções como a de Schünemann, que vê o contrato de seguro como uma manifestação da figura da gestão de negócios e o segurador como um gestor de negócios da comunidade de segurados. A prestação principal a cargo do segurador seria aqui a prestação de um serviço correspondente à organização da mutualidade. Não haveria uma simples transferência de risco, mas a sua distribuição pela comunidade de risco. O grande interesse desta tese prendeu-se com a distribuição dos excedentes gerados no âmbito do seguro de vida com componente de aforro ("Überschussbeteiligung" – DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 1...* cit., nm. 82). Quis-se aí defender que apenas haveria sinalagma entre a parte do prémio que remunerava o serviço prestado pelo segurador e este serviço; no demais, o património estava fiduciariamente com o segurador mas pertencia aos segurados. Assim, o segurador tinha o dever de administração desse património de acordo com os interesses dos segurados, bem como o dever de lhes prestar contas.

²⁷⁵ DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 1...* cit., nm. 59.

²⁷⁶ JULIA CAROLINE SCHERPE, *Das Prinzip...* cit., *passim*.

²⁷⁷ JULIA CAROLINE SCHERPE, *Das Prinzip...* cit., pp. 55-56, considerando que se trata apenas de tomar em consideração a inserção económica de cada segurado no colectivo de segurados, já que, sem esta estrutura, não seria possível o exercício da actividade seguradora na sua forma tradicional. Ao contrário de outros contratos, os seguros não se fundam no mero cálculo da contribuição do segurado face a um determinado ganho a assegurar à contraparte, mas antes na técnica da compensação de riscos.

balanceamento que este recorrentemente requer face aos interesses de um segurado ou grupo de segurados em concreto. Esta ponderação não vale, porém, na resolução de controvérsias jurídicas concretas. Vale, sim, num plano prévio, atinente à *construção e interpretação do regime legal e do regime contratual*²⁷⁸ – sendo que, neste último plano, a manifestação do princípio ocorrerá sobretudo em sede de interpretação do contrato.

Particular esforço de reafirmação do princípio neste plano foi exercido por SCHERPE. Na linha das considerações que vimos de expender, a autora considera que não se consegue compreender os seguros de riscos de massa sem a referência a esta técnica e à comunidade de interesses que esta gera. O princípio da *Gefahrgemeinschaft* é aqui afirmado como instrumento metodológico que permite dar expressão aos interesses da comunidade de segurados face aos do particular tomador-segurado – interesses que, devido ao modo como esta técnica funciona, não devem ser perdidos de vista. A autora atribui ao princípio fundamento constitucional, concluindo que o segurado está protegido, na sua pretensão contra o segurador, através do direito fundamental à propriedade, que veda o esvaziamento, por via legislativa ou contratual, de tal pretensão em prol de outros segurados²⁷⁹. Tal seria apoiado também pelo princípio da igualdade, que proibiria o favorecimento de um grupo de segurados em relação a outro.

Este princípio espraia-se em duas manifestações diferentes²⁸⁰: em primeiro lugar, no sentido de uma função de garantia (*Garantiefunktion*), que *opera depois do ingresso na comunidade de segurados e que assegura exactamente a tais sujeitos que dela se tornaram membros uma igual protecção seguradora com um determinado âmbito mínimo*. É daqui que decorre que, a quem se tornou membro da comunidade de segurados, desde que observe um comportamento regular, deva ser garantida em qualquer caso uma pretensão à prestação e a protecção da confiança depositada. Em segundo lugar, no sentido de uma função de delimitação (*Begrenzungsfunktion*), que, tanto no momento do ingresso no colectivo, como posteriormente, aquando do exercício do seu direito à prestação principal, *cria limites à actuação do tomador-segurado no interesse dos demais tomadores-*

²⁷⁸ CHRISTOPH BRÖMMELMEYER, "§ 1", cit., nm. 16; JULIA CAROLINE SCHERPE, *Das Prinzip...* cit., pp. 91 e ss. e 362 – ilustrativamente na p. 119 "das Gefahrgemeinschafts argument ist vorab (bei der gesetzlichen/vertraglichen Gestaltung) zu berücksichtigen".

²⁷⁹ JULIA CAROLINE SCHERPE, *Das Prinzip...* cit., pp. 91 e ss. e 119.

²⁸⁰ JULIA CAROLINE SCHERPE, *Das Prinzip...* cit., pp. 350 e 362.

segurados. Esta função de delimitação tem diferente incidência nos diferentes tipos de seguros, em função da desigual importância nestes de uma ideia de solidariedade. Dados estes dois pólos funcionais, o princípio em causa não leva ao favorecimento sistemático de um dos lados da relação. Poderá tender a actuar mais vezes de um modo limitador; mas tal deve-se à necessidade de corrigir o facto de o segurado ter o controlo sobre o risco, o que lhe dá possibilidades alargadas de perturbação da sua evolução²⁸¹.

No tocante ao regime das *Obliegenheiten*, que aqui especialmente nos interessa²⁸², recorta-se, segundo a autora, não só um âmbito de primacial incidência do princípio, como um âmbito onde este incide em diferentes cambiantes²⁸³. No momento do ingresso na comunidade de segurados, haveria uma especial incidência do princípio no sentido da protecção dos membros já existentes em tal comunidade. Uma vez operado o ingresso, beneficiaria o segurado já em maior medida da função de garantia decorrente do princípio – só uma oneração desrazoável dos interesses da *Gefahrgemeinschaft* poderia justificar o prejuízo do segurado individual, e não já uma simples perturbação de tais interesses. E a prevalência deste vector atingiria o seu auge a propósito das *Obliegenheiten* a cumprir após o sinistro, dada a proximidade relativamente a este evento.

É este ângulo de perspetivação da interferência da *Gefahrgemeinschaft* que ressoa na dogmática das *Obliegenheiten*. É o único que nos interessa analisar, não parecendo necessário acrescentar novos argumentos aos que relativizam a valia qualificatória da referência à mutualidade ou rejeitam a invocação da mutualidade para fundar posições jurídicas das partes²⁸⁴.

²⁸¹ JULIA CAROLINE SCHERPE, *Das Prinzip...* cit., pp. 356-362.

²⁸² Não é este o único âmbito face ao qual a autora retira projecções do princípio da *Gefahrgemeinschaft*. A autora retira dele também um pólo para ponderação do dever do segurador de dar um tratamento igual aos segurados – pp. 210-212 (vg., perante a ponderação da legitimidade do segurador para avantajá-los em particular ("Kulanzleistungen") –, e, bem assim, como dissemos atrás, uma orientação no sentido da gestão dos prémios, que deveria ser reestruturada a favor da comunidade de segurados, de modo a limitar as possibilidades de prática de prémios excessivos – tal exigiria, porém, uma intervenção do legislador para que se actuasse (pp. 216-220, 283, 360-362).

²⁸³ JULIA CAROLINE SCHERPE, *Das Prinzip...* cit., pp. 281-282 e 350.

²⁸⁴ Veja-se já, certamente, JOSÉ MARIA VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, *Seguro...* cit., pp. 135 e ss., dizendo, a propósito de noções de seguro como a de *Chaufton*, radicadas na mutualidade, que tal "[nos apresenta] o seguro, não nos seus elementos constitutivos, mas nos seus novos elementos, que, embora exigidos pela ciência, são secundários, por não serem indispensáveis para a sua existência, pois nem sempre o têm acompanhado, e ainda hoje podem deixar de o acompanhar" (p. 137); e, louvando-se em Franchi, questionando "Quaes os direitos do segurado contra o segurador? Isso é o

É facto que a técnica seguradora que assenta na constituição da mutualidade de segurados, não sendo nota necessária à qualificação do contrato, não deixa de configurar o substrato financeiro subjacente à generalidade dos seguros de massa – como o são aqueles de que aqui tratamos. Não é, pois, espúrio, pensar a medida em que este dado poderá afectar as valorações subjacentes aos regimes aqui em causa.

O substrato económico aqui em questão infiltra-se, como vimos, nas valorações contratuais, por via da consideração de que, no contrato de seguro, a conduta de cada um dos adquirentes do serviço é apta a afectar a posição dos demais adquirentes de tal serviço.

Antes de mais, tais considerações devem ser explicadas no seu verdadeiro alcance. Desde logo, frise-se que não basta a conduta de um dos segurados para justificar a repercussão de efeitos sobre os demais: os desvios singulares face à conduta média estão contemplados na própria técnica da estatística. Estando perante uma técnica que assenta nos grandes números, para que se justificasse a afectação das condições praticadas pelo segurador, deveríamos estar perante um fenómeno com certo alcance dentro da carteira do segurador.

Por outro lado, saliente-se que a repercussão sobre as condições contratuais praticadas pelo segurador – enquanto mecanismo de transmissão à colectividade de segurados da variação desfavorável deste risco inerente à conduta dos sujeitos – não opera de modo imediato, já que não pode verter-se sem mais sobre os contratos em curso através da sua modificação unilateral. Poder-se-á reflectir sobre as condições praticadas nos contratos futuros; face aos contratos em curso, poderá manifestar-se em sede de renovação ou quando se encontrar contratualmente prevista *e for legítima* a adequação dos prémios na vigência do contrato.

Não estamos, pois, nem perante a relevância de fenómenos singulares, nem perante efeitos automáticos que se produzam em relação à mutualidade. Tudo ponderado, vemos que o apelo à comunidade de segurados se reconduz afinal em boa medida ao *argumento da contenção do preço da cobertura* – sendo que a inclusão forçada de riscos no seu âmbito levaria ao seu encarecimento –, ou ao seu contrapólo, atinente ao interesse na *inclusão no perímetro da cobertura dos riscos que garantam a utilidade do contrato em causa*. São argumentos que se *colocam em*

que é necessário saber, e aquela teoria não explica" (p. 140). MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...* cit., por exemplo pp. 61-66. Seja-nos ainda permitido remeter novamente para o nosso MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida...* cit., pp. 221 e ss.

relação ao todo do mercado em causa – apenas em hipóteses limite os efeitos das condutas dos segurados poderão afectar directamente os interesses dos membros da mutualidade – quando possam comprometer a própria solvência do segurador, ou através do mecanismo da adequação dos prémios cobrados.

É, pois, face aos efeitos sobre o mercado de seguro que parece de problematizar a regulação das condutas do segurado. A convocação dos efeitos económicos de tais condutas tem aqui uma pertinência acrescida, pelo facto de *a conduta do cliente-segurado afectar conaturalmente o conteúdo do dever do prestador-segurador* – não decorrendo o agravamento da esfera deste último, ao contrário do que acontece na generalidade das hipóteses de prestação de serviços, apenas de situações patológicas de incumprimento contratual²⁸⁵.

Trata-se, em todo o caso, de argumentos de *policy*, actuando *de iure condendo* e, no plano do Direito constituído, enquanto *tópico para a interpretação das disposições legislativas e dos clausulados contratuais gerais aqui aplicáveis*. Não se põe por esta via em causa a natureza de contrato de troca do seguro²⁸⁶.

De resto, a distância relativamente ao pensamento de SCHERPE deverá ser mais decisivamente assinalada noutra direcção, especificamente atinente à matéria das *Obliegenheiten*. Parece-nos que, por força do ponto de vista escolhido pela autora, ocorre uma certa releitura dos regimes, *demasiado polarizada em considerações atinentes à protecção da mutualidade*²⁸⁷. Assim, vg., a maior protecção de que goza o segurado relativamente a *Obliegenheiten* a cumprir após o sinistro é justificada não por questões inerentes à urgência da actuação e menor tempo de ponderação, com reflexo em sede de culpa, mas por se entender que já é então mais consistente a garantia, por ser mais consistente a pertença à comunidade. Por outro lado, tal reflecte-se numa excessiva severidade face ao regime das *Obliegenheiten*, parecendo a autora ter o regime actualmente vigente por demasiado

²⁸⁵ Pense-se, por exemplo, na hipótese de haver um número relevante de mutuários que incumpram os deveres que lhes incumbam face ao contrato de mútuo. Tratar-se-á igualmente do agravamento de um risco – desta feita, um risco de crédito – que se repercutirá também sobre as condições contratuais praticadas pela instituição financeira em causa.

²⁸⁶ HELMUT HEISS, "§ 28", cit., nm. 30, rejeita argumentos de contraposição dos interesses da comunidade dos segurador ao interesse do tomador-segurado, já que o contrato de seguro é, à luz da VVG, um contrato de troca. A comunidade de segurados não representa, segundo o autor, mais do que uma ficção – o que não impede a tomada em consideração de ponderações de técnica seguradora, enquanto um ponto de vista adicional na ponderação global. Pelo que dizemos em texto, parece-nos uma posição demasiado extremada.

²⁸⁷ JULIA CAROLINE SCHERPE, *Das Prinzip...* cit., pp. 281-282.

brando. Tal é claramente afirmado em relação ao regime da declaração inicial do risco; e transparece ainda no facto de a autora considerar que um regime óptimo do ponto de vista do princípio da *Gefahrengemeinschaft* seria o que previsse a exoneração do segurador em caso de negligência grosseira dos segurados.

B. Imperfeição informativa, selecção dos riscos e seus limites

Como começámos por ver, as exigências de conduta que analisamos permitem ao segurador modular os termos da cobertura oferecida, diferenciando o produto jurídico que coloca no mercado. Esta diferenciação pode provir da criação de ulteriores exigências de conduta para além das previstas na lei, que lhe permitem assim retirar riscos da cobertura; e pode provir da previsão de regimes mais benevolentes para o segurado face às matérias reguladas pelo RJCS, que prevêem regimes semi-imperativos. Neste último caso, o segurador acolhe, pois, mais riscos na sua esfera do que os que resultariam do acolhimento directo do cânone legal.

A vantagem da diferenciação no sentido do acolhimento de menos riscos é clara, permitindo ao segurador, face a um risco menor acolhido, *praticar prémios mais baixos*. Ora, esta prática não só tem *interesse imediatamente concorrencial* – atraindo mais procura –, como tem, também, interesse face ao fenómeno da selecção adversa. Como vimos, caso no mercado haja uma diferenciação de coberturas a preços também diferenciados, podem manifestar-se fenómenos de *selecção adversa em prejuízo dos seguradores que menos rarefaçam a cobertura e por isso cobrem prémios mais elevados*.

Por outro lado, o facto de o segurador não lograr obter de antemão informação perfeita sobre os riscos que acolhe – já que estes vão sofrendo alterações ao longo do tempo – pode levá-lo a calcular um prémio que, a partir de certa altura, não contrabalança já a probabilidade de perda inerente a determinada unidade de exposição. Para evitar que o segurador tenha que reflectir à partida no prémio cobrado todas as vicissitudes que o risco possa vir a sofrer, é-lhe dada oportunidade de tomar conhecimento, na vigência do contrato, dos agravamentos do risco, mediante imposição de deveres de comunicação ao segurado (art. 93.º do RJCS). Nessa sequência, o segurador poderá procurar ajustar as condições contratuais ao novo nível de risco ou, nessa impossibilidade, libertar-se, por resolução do contrato, da sua suportação.

Em qualquer caso, vemos que estas exigências de conduta se imbricam na tutela do interesse do segurador em manter a sustentabilidade da sua actividade económica. Tal não se faz, porém, sem limites. Trata-se, por um lado, de limites à diferenciação entre o tratamento dos segurados ou candidatos a segurados, mediante a proibição da sua discriminação (art. 15.º do RJCS), ou da obtenção de certas informações que poderiam fundar o tratamento diferenciado (*maxime*, mediante exames genéticos – art. 12.º da Lei 12/2005, de 26 de Janeiro). Para o que importa na presente análise, sobressai a ilegitimidade de, mediante a previsão de exigências de conduta não previstas na lei, vir retirar densidade à cobertura ao ponto de comprometer o cumprimento da finalidade do contrato.

C. Da assimetria informativa à boa fé, parâmetro de justiça das relações especiais

Na fundamentação destas exigências de conduta no plano do Direito civil geral resulta a sua estreita ligação com o *princípio da boa fé*, enquanto *eixo material das relações jurídicas especiais*. Este princípio funciona tanto como fonte, como enquanto parâmetro interpretativo de deveres negociais de conduta, que impõem aos parceiros um comportamento, honesto, zeloso e leal. É, pois, à luz das exigências, mas também dos limites impostos pela boa fé, que se deve compreender estes comandos de conduta.

a. A máxima boa fé e a tutela da confiança

É tradicional em vários ordenamentos a configuração do contrato de seguro como um *contrato de máxima boa fé* (*uberrimae fidei*; *Assekuranztreue* ou *Versicherungstreue*; *utmost good faith*). Esta invocação tradicional do princípio da boa fé vale para vincular o segurado e proteger o segurador, afirmando o primeiro especialmente como obrigado a uma conduta zelosa e correcta face ao risco e vendo no segurador a parte contratual carecida de tutela²⁸⁸. Foi deste mesmo parâmetro

²⁸⁸ Já o autor anónimo das "Lições do Comércio" de 1766 referia a importância da boa fé face à delicadeza das questões da regulação do sinistro, sublinhando, como citámos noutra parte, que deveria aqui ser particularmente protegido o segurador, continuamente exposto a ser enganado, sem poder por sua vez enganar (A. H. OLIVEIRA MARQUES, *Para a história...* cit., p. 134). Por exemplo, FRANCISCO ANTONIO DA VEIGA BEIRÃO, *Direito commercial portuguez*, Imprensa da Universidade,

que se decantou as posições jurídicas que aqui analisamos, vindo estas perspectivadas como actuação directa e necessária de uma tal razão maior, que surgia como expressão de uma justiça própria do contrato de seguro²⁸⁹. Particularmente intensa foi a ligação entre este parâmetro e o dever de declaração inicial do risco, dado ser este a franquear as portas de ingresso no seguro – é antes de mais por referência a este dever que o parâmetro é convocado no Direito inglês²⁹⁰.

Com o séc. XX, marcado por uma crescente mobilização do princípio da boa fé como precipitado da justiça das relações especiais e pela sua positivação em vários textos de lei, assistimos a uma inflexão do tom do discurso. Com efeito, se no Direito inglês a categoria dos contratos de "utmost good faith" demarca o conjunto dos contratos em que a boa fé impõe às partes especiais deveres de cooperação²⁹¹, já à face de ordens jurídicas que subordinam todos os negócios jurídicos ao parâmetro da boa fé (§ 242 do BGB, artigos 236.º e 762.º do CC português, 113.º e 422.º do CC brasileiro), parece deslocado afirmar que um contrato seja "mais de boa fé" do que outros²⁹². Numa ordem jurídica como a alemã, onde a fertilidade do princípio

Coimbra, 1912, p. 114, colocava entre os princípios fundamentais do contrato de seguro ser este um contrato de máxima boa fé. MOSES AMZALAK, "Pedro de Santarém, Notas biográficas", in *Tractatus de assecurationibus et sponsonibus*, Instituto de Seguros de Portugal, Lisboa, 2006, pp. 9-29, p. 24, considera que Pedro de Santarém havia recortado já um princípio da máxima boa fé, mas depois concretiza-o no sentido de implicar que o contrato não valeria quando a causa do compromisso fosse desonesta. Cfr. ainda o texto expresso do art. 765.º do CC brasileiro.

²⁸⁹ VICTOR EHRENBURG, *Versicherungsrecht*, cit., pp. 488-491; OTTO HAGEN, "Handelsrecht, VIII, 1", cit., pp. 570-571.

²⁹⁰ Foi para fundar um dever de correcta declaração inicial do risco no contrato de seguro que Lord Mansfield afirmou, no caso *Carter v Boehm* (1766), o princípio da boa fé enquanto parâmetro aplicável "to all contracts and dealings", identificando duas variantes mais comuns de violação da boa fé: indução à contratação através de falsas declarações ou omissão de informações que podem ser relevantes para fundar a decisão de contratar. Se estes "principles of misrepresentation" se universalizaram a todos os contratos sujeitos ao Direito inglês, o mesmo não aconteceu de todo com o princípio da boa fé; e, mesmo em sede de Direito dos seguros, apenas recentemente se começou a invocar o princípio face à execução do contrato e retirar dele consequências também quanto à conduta do segurador. Na verdade, o princípio da máxima boa fé já tinha antes sido aplicado em relação a seguros marítimos e a seguros de vida; a decisão referida veio, porém, elaborar e harmonizar as suas implicações. Cfr., quanto ao tema, PETER MACDONALD EGGERS/SIMON PICKEN/PATRICK FOSS, *Good faith and insurance contracts*, Lloyd's List, 2010, disponível em <https://www.i-law.com/> (consultado pela última vez a 05.02.2104), nm. 1.01-1.05 e 1.11.

²⁹¹ PETER MACDONALD EGGERS/SIMON PICKEN/PATRICK FOSS, *Good faith...* cit., nm. 1.09, "the common law in England has preferred to designate certain contracts as contracts uberrimae fidei, rather than import wholesale the duty of good faith into every contractual relationship".

²⁹² De algum modo assim, já ARNALDO PINHEIRO TORRES, *Ensaio sobre o contrato de seguro*, s.ed., Porto, 1939, p. 46, considerando evidente deverem todos os contratos ser celebrados e executados de boa fé; a tradicional classificação do contrato como de boa fé apenas significaria que, assentando o contrato nas declarações prestadas pelo segurado, estas se presumiam havê-lo sido de boa fé.

foi particularmente patente nos últimos cem anos, tornou-se moeda corrente assinalar o carácter meramente retórico de tal *superlatividade* da boa fé em sede de contrato de seguro²⁹³. De resto, com a codificação do Direito dos seguros e a positivação destas exigências de conduta, a mobilização de tal parâmetro foi acusada de se ter tornado falha de fundamento prático²⁹⁴. Outro tanto se poderia dizer da nossa ordem jurídica, onde o princípio da boa se converteu, sob considerável ascendente da doutrina alemã, em luminária do Direito civil; e onde procede também o argumento da existência de regimes especiais de regulação destas consequências tradicionais da *uberrimae fidei*²⁹⁵.

Não é questão para resolver de plano, sem debater qual o parâmetro material que aqui concretamente possa estar em causa, como as razões, se as houver, para que este se possa dizer incidir aqui de modo mais decisivo.

Começemos por este último ponto. Nada de metodologicamente equívoco há no facto de um princípio regulador valer mais intensamente em certos quadrantes – tal é, pelo contrário, a manifestação da plasticidade e abertura que caracteriza estes operadores. Isto não é sintoma de uma categorização abstracta, mas antes do irremissível *sentido prático dos princípios normativos*: tudo está, portanto, em apontar correctamente o foco *para o contexto problemático em causa*, para determinar se este coloca solicitações especiais ao plano dos princípios²⁹⁶. Depois

²⁹³ ERNST BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, cit., pp. 59-60, considerando que, face ao Direito vigente, a designação não se mostrava adequada e mostrava-se, outrossim, equívoca, uma vez que a observância do princípio da boa fé é no âmbito conjunto do Direito privado o critério geral primacial para a interpretação do contrato e do dever de prestar do devedor (§§ 157 e 242 BGB). Segundo o autor, a invocação de que a medida da boa fé aqui exigível era mais elevada (como ocorria comumente face aos seguros marítimos tradicionais) era fundamentalmente errónea. A boa fé não comportava versões qualificadas ("Treu und Glauben vertragen keine Steigerung" – mesmo sentido, HANS MÖLLER, "Die versicherungsrechtliche "Treuepflicht"", *Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift*, 3, 1929, pp. 136-142, p. 138); em qualquer caso, apenas poderia servir de critério orientador a boa fé normalmente exigível no tráfico. E em nenhum caso se poderia conceber a boa fé, consubstanciadora de uma qualidade, ao modo de um dever jurídico (assim, por exemplo, HANS MÖLLER, "Die versicherungsrechtliche...", cit., pp. 137 e ss.). Assim, já REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., p. 299, afirmava que a concepção da confiança extrema (äußerste Treue) como um nível qualificado de boa fé se encontrava há muito superada. Para o alinhamento da doutrina alemã a este propósito, SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 194-196.

²⁹⁴ ERNST BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, cit., pp. 59-60, compreendendo que a referência à *uberrimae fides* fosse mobilizada antes de vigorar a VVG, já que era necessário encontrar um parâmetro para determinar o comportamento recíproco das partes, considera a referência equívoca e, face às necessidades específicas do contrato de seguro, desnecessária, já que a VVG havia dado regulação específica às *Obliegenheiten*.

²⁹⁵ Entre nós, assim, MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...* cit., p. 441.

²⁹⁶ Mais ainda tratando-se a boa fé de um princípio aberto, carente de concretização, como vem recortada por KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2009 (trad. do original *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, 1991, por JOSÉ LAMEGO), pp. 674-677.

de o fazermos, estaremos em condições de responder a uma segunda questão: a do concreto parâmetro material solicitado pelo contexto prático em causa.

É neste ponto que se impõe convocar o percurso que empreendemos pelo substrato económico do contrato e que procurou explicar o mapa de incentivos ao comportamento das partes que lhe subjaz.

Dada a *assimetria informativa* que o caracteriza, o contexto do seguro é *efectivamente apto a potenciar comportamentos descuidados ou oportunistas*. Esta assimetria *favorece, em parte, o segurado*. Este tem uma maior proximidade face aos bens reais ou pessoais seguros, podendo, por isso, adoptar acções em relação a estes, as quais o segurador não poderá vigiar. Acresce que, não sofrendo as consequências de uma eventual lesão destes bens – exactamente por se encontrarem segurados –, poderá tender a ser mais leviano ou mesmo intencionalmente lesante desses bens. O *risco moral*, concernente a estes comportamentos oportunistas por parte do segurado, poderá, pois, *convocar com especial premência parâmetros materiais que venham corrigir tal desalinhamento de incentivos da parte do sujeito ligado ao risco*.

Por outro lado, tal assimetria informativa leva a que seja o sujeito ligado ao risco e não o sujeito que fixa o preço da sua cobertura – não o segurador, portanto – a conhecer melhor as características de tal risco que são determinantes para a fixação deste preço. Tal poderá *impedir o segurador de classificar correctamente o risco tomado e de fixar um preço adequado para a cobertura em causa*, com os riscos visíveis para a sua sustentabilidade financeira. E poderá ainda abrir espaço à ocorrência de fenómenos decisivamente perturbadores de tal sustentabilidade: os fenómenos de *selecção adversa*, pelos quais o segurador, incapaz de seleccionar cabalmente os riscos pretendentes à cobertura, retenha apenas os piores em carteira. O risco de fenómenos da selecção adversa coloca-se de modo evidente no momento em que o segurador acede em fazer ingressar os riscos na sua carteira – ao ponto de ser comum nos escritos a associação entre a manifestação da selecção adversa e o momento da conclusão de contratos, ao passo que o risco moral é associado ao período da respectiva execução. Não deixa, porém, de ser o fenómeno da selecção adversa a elucidar riscos idênticos que se colocam no plano da execução do programa contratual, onde se situam as posições jurídicas aqui sob análise. Com efeito, a auto-selecção dos riscos pode ocorrer também durante a vigência do contrato, através da respectiva cessação antecipada por parte do tomador ou

segurado: se tal cessação for possível e houver ofertantes concorrentes a praticar prémios mais baixos, há sempre o risco de fuga da carteira dos segurados que se considerem melhores riscos. Ora, *o regime dos agravamentos do risco fornece ao segurador instrumentos para operar a diferenciação entre riscos durante a vigência do contrato, logrando que estes se auto-selecionem de um modo favorável, e não adverso*. Com efeito, se o segurador não tiver instrumentos para proceder à actualização do prémio cobrado durante o contrato, de acordo com a variação do risco, ou para se libertar dos riscos que estejam já fora dos parâmetros que se dispõe a cobrir, tenderá a fixar de início um prémio mais elevado para toda a vigência do contrato. Tal levará a que se perfilarem desde logo para contratar os piores riscos; e levará ainda a que sobretudo estes tendam a permanecer em carteira.

Com isto, a verdadeira dimensão da assimetria informativa no contrato não é, porém, suficientemente compreendida. A assimetria existe também aqui, e pronunciada, agora avantajando o segurador – este não só beneficia, em termos informativos, de uma capacidade técnica de análise do sinistro de que o comum dos segurados não beneficiará, como tem, de resto, a supremacia informativa também em relação ao enquadramento regulativo das situações concretas. Com efeito, é ele a predispor o clausulado e a dispor de um corpo jurídico especializado que lhe permite um maior controlo sobre o *modus* da interpretação-aplicação desse mesmo clausulado, sobre o pano de fundo das normas legais aplicáveis.

Daí que as ocasiões de oportunismo surjam também do lado do segurador. Desde logo, não sendo a sua conduta, em sede de regularização do sinistro, cabalmente fiscalizável por parte do segurado, e estando a data de pagamento da prestação seguradora dependente do término de tais indagações, o segurador tem incentivo a protelar o processo de apuramento das causas do sinistro, com vista a diferir o momento de pagar. Trata-se de uma constelação que não tem passado despercebida noutros ordenamentos, onde são severas as sanções para os seguradores que vão protelando a realização da prestação sem ter verdadeiramente um motivo válido – face ademais à contraposta manifesta necessidade económica do beneficiário²⁹⁷. E mais – pode assistir-se a um encadeamento entre situações de risco moral de parte a parte – assim, vg., seguindo-se a um descuido do segurado em

²⁹⁷ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O acidente de trabalho, O acidente in itinere e a sua descaracterização*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 265.

relação aos bens seguros o aproveitamento do segurador para empolar esse descuido em sede de análise do sinistro e procurar furtar-se à prestação; ou havendo, da parte do segurado, a prestação de falsas informações, visando empolar os danos para obviar a um suspeitado comportamento oportunista do segurador, no sentido de os subavaliar²⁹⁸.

Tal encadeia-se com uma outra consideração atinente ao substrato económico do contrato. Com efeito, não se pode, por outro lado, ignorar que o *segurador é a parte contratual mais forte* – dada a *necessidade que o segurado frequentemente tem de obter o bem em causa*, e a *diminuta concorrência do mercado segurador* – portanto, *tem meios de forçar a obtenção de informações, ou de se escudar contratualmente face à sua não prestação*. Pelo que o próprio parâmetro material que aqui possa valer, *por si só e em articulação com o princípio da protecção da parte mais fraca*, não poderá deixar de fundar também *limites à imposição dos deveres de informar ou à severidade das consequências do seu incumprimento*.

Até aqui, constatámos que o substrato prático-económico subjacente ao contrato de seguro solicita particularmente a intervenção de um parâmetro material que proteja uma das partes das condutas potencialmente oportunistas da outra. E, com tudo isto, sublinhamos uma primeira correcção ao sentido tradicional da *uberrimae fidei* seguradora: a de que a fidúcia que aqui se exprime é "uma estrada de dois sentidos"²⁹⁹, impondo-se face a ambos os lados da relação, ambos propensos a enviesamentos comportamentais.

b. O parâmetro material em causa: a boa fé e a confiança

Cumpre agora precisar a referência a um critério de ordenação material que mantivemos propositadamente vago. Com efeito, sob o tradicional apelo à máxima boa fé alberga-se na verdade a convocação de diversos critérios materiais – a confiança enquanto *fides* contratual; o *venire contra factum proprium*,

²⁹⁸ FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à economia*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 309-310, fala a este propósito exactamente de um duplo risco moral. Aqui existe, em primeiro lugar, um aproveitamento pelo segurado, que procede à omissão de acções; num segundo momento, existirá um aproveitamento desta incerteza contratual pelo segurador, que tentará furtar-se ao cumprimento do contrato. Para compensação dessa margem de incerteza, o segurado tentará então empolar os danos. Refere também essa suspeitas de oportunismo do segurador, nesta sede, SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., p. 196.

²⁹⁹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O acidente...* cit., p. 265; denunciando exactamente o facto de que "the duty has been the constant refrain of an insurer singing the breaches of an assured", PETER MACDONALD EGGERS/SIMON PICKEN/PATRICK FOSS, *Good faith...* cit., nm. 1.05.

eventualmente recobrando o *tu quoque*; e a boa fé como fonte de deveres contratuais de conduta. Cumpre, pois, indagar das diferenças de sentido prático-normativo entre estes, e colher então entre eles o fundamento mais probante para os regimes em causa.

Começemos por analisar o apelo ao *venire contra factum proprium*, para depois analisarmos, contiguamente, as vias mais profícuas fornecidas pelo *tu quoque*. Para último deixaremos a mais fértil conexão entre uma eventual recondução do contrato de seguro aos contratos de confiança e a força geradora de deveres laterais do parâmetro da boa fé.

Na construção que faz das *Obliegenheiten* como deveres jurídicos de menor intensidade, REIMER SCHMIDT serve-se, na ordenação sistemática das figuras, dos paradigmas regulatórios do regime da culpa do lesado (§ 254) e das *Obliegenheiten* seguradoras, apontando como decisiva nesta regulação a matriz do *venire contra factum proprium*³⁰⁰. Discorrendo particularmente em relação ao instituto da culpa do lesado, o autor salienta que nem a causação de dano na própria esfera, nem o exercício da pretensão indemnizatória, são, em si mesmo considerados, contrários ao Direito. *A reprovação jurídica surge apenas quando se procura fazer valer a pretensão na sequência da causação de dano na própria esfera. É a proibição de comportamento contraditório, de venire contra factum proprium, que funda tal reprovação. A conduta do lesado apenas viola a boa fé na medida em que se dirige a exigir a indemnização do dano por inteiro, contradizendo a sua conduta auto-lesiva anterior. O analogon relativamente à ilicitude consiste, pois, na proibição de comportamento contraditório, ocorrendo aqui um caso especial do instituto do venire contra factum proprium, inserido na exceptio doli do § 242, atinente ao exercício ilegítimo de um direito. Pese embora esta conclusão, não se pode perder de vista que, para o autor, a primeira actuação do sujeito passivo das Obliegenheiten é relevante por referência exactamente a estas figuras que são concebidas como deveres de conduta de menor intensidade. Esta consideração permite melhor compreender que o juízo de reprovação jurídica seja, neste pensamento, localizado de um modo mais errático do que à primeira vista pareceria.*

³⁰⁰ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., em síntese, p. 317; quanto ao que dizemos de seguida, pp. 109-115. Sobre a excessiva fluidez da *exceptio doli* e carácter predominantemente retórico da sua invocação pela doutrina alemã, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito civil*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 728.

Com efeito, o autor acaba por sempre importar o momento da valoração para o da primeira conduta, porquanto, depois de fazer as considerações precedentes, conclui que a conduta que viola os interesses do próprio lesado não viola a boa fé quando, fora ela dirigida contra os interesses de terceiro, e não contra os próprios interesses, não seria ilícita³⁰¹. Com isto, o autor abre, conforme pretende, as portas à ponderação de causas de exclusão da ilicitude em sede de *Obliegenheiten*, entendendo que as primeiras valem aqui desde logo por um argumento de maioria de razão.

Esta perspectiva foi, em sede geral, acolhida depois por DEUTSCH³⁰². Para o que aqui especialmente importa, o autor teve o cuidado de assinalar as hesitações da doutrina relativamente ao momento no qual se ancora o juízo de reprovação do ordenamento – se na actuação contrária à *Obliegenheit*, se na de vir exigir o direito por inteiro. Por sua parte, assinala que a invocação das causas de exclusão da ilicitude depõe a favor da *localização do juízo de reprovação logo em relação à primeira conduta*; e que de todo o modo é face a esta que se coloca também o juízo de culpa. De resto, tal decorreria da concepção das *Obliegenheiten* como deveres de menor intensidade, que também tem por boa.

Prova de tais hesitações faz ainda o pensamento de WIELING que, se segue também na esteira de REIMER SCHMIDT, afirma ponto de vista diverso do que vimos de expor³⁰³. O autor considera as *Obliegenheiten* exigências de conduta colocadas exclusivamente no interesse do próprio onerado: uma vez que o destinatário da conduta não tem nela qualquer interesse, não se pode falar aqui de verdadeira culpa, mas só de culpa perante si próprio. Ora, não se podia dizer que houvesse qualquer genuína censura do ordenamento na falta de acatamento de tal conduta estabelecida no interesse próprio: caberia a cada um determinar se lhe era mais vantajoso manter um direito ou abrir mão dele. Como tal, a culpa contra si próprio revelava-se afinal imprestável, devendo o juízo de censura ser localizado em momento diverso: só pode haver censura no facto de o sujeito tentar, não obstante, exercer o direito que o

³⁰¹ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., p. 115.

³⁰² ERWIN DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Eine privatreche Untersuchung*, Carl Heymanns Colónia/Berlim/Bona/Munique, 1995, pp. 57-58, considerando exactamente que o regime da violação de *Obliegenheiten* configura uma hipótese de *venire contra factum proprium*, atinente à *exceptio doli generalis*.

³⁰³ HANS JOSEF WIELING, "Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst", *AcP*, 4, 1976, pp. 334-355, pp. 346 e ss. Saliente-se que, no pensamento de Reimer Schmidt, as *Obliegenheiten* correspondem a uma "gespaltene Interessenlage", não servindo apenas os interesses do onerado.

não acatamento da conduta lhe nega³⁰⁴. Esta compreensão é reforçada pelo enquadramento negocial de que o *venire contra factum proprium* goza no pensamento do autor e que, em sede das *Obliegenheiten*, se exprimiria no estabelecimento pela lei de uma presunção inilidível de renúncia a um direito no caso de não acatamento de certa conduta³⁰⁵.

Trata-se de uma construção que, em sede seguradora, vem sendo abandonada – desde logo, por força do questionamento de base da tese de REIMER SCHMIDT³⁰⁶. Na verdade, as hesitações que fizemos por salientar testemunham desde logo a dúvida no momento de conciliar a localização do juízo de reprovação próprio do *venire contra factum proprium* com uma construção práctico-normativamente do regime das *Obliegenheiten* – que postula que a sede de aferição dos parâmetros relativos à culpa e às ponderações de bens se identifique com o momento da actuação contrária a estas exigências de conduta. Da nossa parte, salientamos que tal conciliação não encontraria escolho de maior, não sendo a imputação culposa ao agente do *factum proprium* anterior – aqui, a conduta violadora da *Obliegenheit* – estranha ao instituto³⁰⁷⁻³⁰⁸. Não se estranharia, pois, que – até pelo facto de as

³⁰⁴ HANS JOSEF WIELING, "Venire...", cit., p. 349, "Ein Verschuld kann darin nur in der Versuch liegen, das Recht nach der Aufgabe doch noch geltend zu machen".

³⁰⁵ HANS JOSEF WIELING, "Venire...", cit., pp. 335 e ss. e 352-355. O autor considera, em geral, que a conduta do actuante dos comportamentos contraditórios constituiria, do prisma do confiante, um comportamento concludente que exprimiria a renúncia a um direito.

³⁰⁶ Veja-se a parte VI deste trabalho, onde se debate a natureza jurídica destas figuras. O ac. do BGH de 14.4. 1976, p. 650, fundador quanto à questão da causação do sinistro por omissão, considerou que a proibição do comportamento contraditório era o fundamento do § 61, tanto como do § 162, II, do BGB ("Andernfalls würde einem VN, der sich in Bezug auf das versicherte Interesse und Risiko völlig sorglos, ja selbst unlauter verhält, eine unverdiente Vergünstigung zuteil. (...) Wer infolge schweren Verschuldens für den Eintritt des Versicherungsfalles selbst verantwortlich ist, setzt sich mit seinem eigenen Verhalten treuwidrig in Widerspruch, wenn er gleichwohl die Versicherungsleistung beansprucht.").

³⁰⁷ Recorde-se que, na linha de Canaris, a doutrina nacional aponta geralmente, como pressupostos do *venire*, os quatro pressupostos da tutela da confiança – situação de confiança, justificação para a confiança, investimento de confiança e imputabilidade da situação de confiança ao sujeito que vai ser por ela atingido – a mobilizar nos termos de um sistema móvel, e a complementar com a específica contemplação das circunstâncias do *venire* (JOÃO BAPTISTA MACHADO, "Tutela da confiança e "venire contra factum proprium"", in *Obra dispersa, Direito privado, I*, PEDRO BACELAR DE VASCONCELOS (coord.), Scientia Iuridica, Braga, 1991, pp. 345-423, pp. 416 e ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas", *ROA*, 2, 2005, disponível em <http://www.oa.pt/Publicacoes/revista/default.aspx?idc=30777&idsc=2691&volumeID=45580&anoID=44558> (consultado pela última vez a 29.03.2012), p. 7). Detemo-nos aqui especialmente na proposta de mobilização deste sistema móvel relativamente ao *venire contra factum proprium* elaborada por PAULO MOTA PINTO, "Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no Direito civil", *Volume Comemorativo do 75º tomo do BFDUC*, 2003, pp. 269-322, pp. 302 e ss.; fazemos notar que as considerações que tecemos em texto ecoam no que identifica como segundo pressuposto. Assim, em *primeiro lugar*, deve haver um *comportamento anterior do agente passível de fundar uma situação objectiva de confiança*. Em segundo lugar, *quer*

mesmas se inserirem em momento dogmático anterior ao da culpa – as considerações atinentes a ponderações de bens que são geralmente adequadas a afastar a ilicitude pudessem ser contempladas nesta sede.

Problemas de construção mais delicados colocaria, porém, desde logo, a questão de, aqui, o *factum proprium* – violação da exigência de conduta – e o comportamento posterior, que materializa o *venire* e deve ser tido por abusivo, não estarem em contradição directa entre si, pois não têm o mesmo objecto. Esta falta de contradição directa é ilustrada de um modo extremo quando se pensa que as condutas *podem mesmo provir de sujeitos diversos*. Pense-se na hipótese em que é o tomador que, tendo a seu cargo a gestão do risco, não adopta as medidas necessárias à sua salvaguarda dos bens em caso de sinistro, vindo depois o segurado exigir o pagamento da prestação seguradora. Não se veria, pois, como apontar a exigida directa contrariedade valorativa entre uma primeira e esta segunda conduta³⁰⁹. Tudo isto é sintoma da debilidade certamente identificada por SINGER – e que bem se nota nas hesitações quanto à localização do juízo de censura –: a de a construção dar por respondido aquilo a que a figura do *venire* viria responder. Com efeito, ao perfilar-se a conduta perante o juízo de contraditoriedade, já se traz pressuposto que a violação da *Obliegenheit* determina a perda do direito correlato³¹⁰.

E, decisivos, são aqui os argumentos gerais, de construção do próprio instituto do *venire*. Tem sido assinalada a tendência expansiva do instituto – e se esta no

o comportamento anterior, quer o actual, devem ser imputáveis ao agente; Paulo Mota Pinto considera que, em regra, não se poderá prescindir da censura culposa para fazer esta imputação. Diferentemente, JOÃO BAPTISTA MACHADO, "Tutela...", cit., pp. 414-415, considerava bastante uma culpa análoga à "culpa contra si próprio", pressupondo a possibilidade e o dever, usando o cuidado normal, de prever que tal conduta o vincularia nos termos da boa fé; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* cit., p. 761, afirma que a imputação da contradição ao sujeito é objectiva, não se exigindo que tenha decorrido de culpa sua. Em terceiro lugar, há que verificar a *necessidade e o merecimento de tutela do atingido com a conduta contraditória, o que implica que este esteja de boa fé, ignorando não culposamente intenções contrárias do agente*. Em quarto lugar, deve haver um *investimento da confiança* – vg., realização de uma prestação – , que deve ser causado por uma *confiança subjectiva objectivamente justificada*. O autor dá nota de que alguns autores exigem que o investimento seja irreversível ou afecte a situação existencial do que confiou. Acresce ainda que, face às demais hipóteses de responsabilidade pela confiança, para que se possa concluir pela ocorrência de *venire contra factum proprium*, terá que haver contrariedade directa entre o anterior e o actual comportamento.

³⁰⁸ Não obstante, que, como dá conta PAULO MOTA PINTO, "Sobre a proibição...", cit., pp. 299-300, o padrão argumentativo detectado na nossa jurisprudência na convocação do abuso do direito reporta-se sobretudo a um *dolus praesens*, com desvalor jurídico da conduta mais recente, sendo a conduta anterior apenas mobilizada para aferir da legitimidade desta última.

³⁰⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* cit., p. 746; PAULO MOTA PINTO, "Sobre a proibição...", cit., p. 304.

³¹⁰ REINHARD SINGER, *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*, C. H. Beck'sche, Munique, 1993, pp. 31-35.

limite se manifesta na cobertura de decisões de verdadeira equidade, é certo que, aquém destas, impor-se-ia já a sua circunscrição a quadros que a tornassem coerente com as demais valorações do ordenamento³¹¹. Tal implica, em primeiro lugar, retirar ao *venire* o fundamento negocial que sobretudo WIELING lhe quer dar – e que implicaria um alargamento do negócio jurídico contrário aos quadros do nosso ordenamento³¹² – e reconduzi-lo, com a generalidade da doutrina, ao fundamento *praeter* negocial da protecção da confiança³¹³. Mais implica sublinhar a sua função subsidiária: para que não engolfe outros institutos e perca do mesmo passo os seus contornos, o *venire* apenas se deve aplicar quando não estiverem disponíveis a responsabilidade contratual e a extracontratual³¹⁴. Na medida em que partimos, nas hipóteses sob escrutínio, do *não acatamento de exigências de conduta, a que vem associado um regime particular de consequências jurídicas*, pareceria, pois, desde logo espúria a invocação.

Lembre-se, porém, que o *venire contra factum proprium* é invocado pela doutrina citada como matriz última dos regimes previstos, e não como fonte directa das consequências jurídicas em causa. Pelo que cumpre ir mais além e verificar se, nestas hipóteses, efectivamente se manifesta o sentido próprio daquela figura. Para isso, arredado o fundamento negocial do *venire*, dever-se-ia conseguir fundar aqui

³¹¹ PAULO MOTA PINTO, "Sobre a proibição...", cit., p. 294.

³¹² Criticamente já JOÃO BAPTISTA MACHADO, "Tutela...", cit., pp. 366-367 e 371 e ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* cit., pp. 761 e ss.; PAULO MOTA PINTO, "Sobre a proibição...", cit., pp. 306-308, lembrando a definição de declaração negocial alcançada em PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 435, onde esta vem tomada como "o comportamento que, de um ponto de vista exterior, aparece como dirigido à produção de certos efeitos sob a tutela do Direito, adoptado com a consciência e intenção de incorrer por intermédio dele numa vinculação jurídico-negocial ou, pelo menos, na possibilidade de, aos olhos dos outros, ser visto como juridicamente vinculante". A configuração do *venire* como declaração negocial implicaria ou um alargamento excessivo do elemento objectivo de tal noção, ou um seu alargamento excessivo por via subjectiva, mediante o afrouxamento excessivo do requisito da consciência da declaração. Com Baptista Machado (cfr. as pp. citadas), salienta-se (p. 311) que o comportamento do agente releva como facto, cujos efeitos se produzem *ex lege*, e não como declaração negocial. Como tal, a aplicação dos preceitos relativos ao negócio jurídico apenas se faz por analogia.

³¹³ Na doutrina nacional, cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, "Tutela...", cit., pp. 366-367 e 371 e ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* cit., pp. 756 e ss.; PAULO MOTA PINTO, "Sobre a proibição...", cit., pp. 276-277.

³¹⁴ JOÃO BAPTISTA MACHADO, "Tutela...", cit., pp. 362-364 (salientando que tal não implica, porém, a subalternização da responsabilidade pela confiança face às formas de responsabilidade aludidas em texto, tendo a primeira uma função tão radicalmente originária como o princípio da autonomia privada – pp. 382-384); PAULO MOTA PINTO, "Sobre a proibição...", cit., p. 304; apartando decisivamente as hipóteses de *venire* e aquelas em que esteja em causa a violação de deveres de conduta, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2007, por exemplo, pp. 402-403 e também pp. ss. e pp. 452 e ss.: com a violação da norma de conduta, desaparece a possibilidade de depositar confiança numa actuação conforme com ela.

uma hipótese de responsabilidade pela confiança.

Ora, torna-se aqui central saber desde logo se se pode efectivamente falar de um comportamento que se possa de um ponto de vista jurídico dizer contraditório. Tal postula centralmente uma "normativa legitimidade de confiar" ("Vertrauendürfen"): uma dignidade de protecção jurídica da confiança, que permita comparar duas manifestações do plano do dever-ser – o poder legitimamente confiar no não exercício do direito *versus* o exercício desse mesmo direito³¹⁵. Ora, aqui, já o facto de as duas condutas não terem sequer o mesmo objecto deporia contra a formação de qualquer expectativa digna de protecção neste sentido: da violação de um dever de conduta não se vê como se possa fazer decorrer a confiança legítima no não exercício de um direito a ele ligado.

Mais probante se poderá aqui mostrar a invocação do pensamento do *tu quoque*, implicando, em termos gerais, que uma pessoa que viole uma norma jurídica não pode, depois, e sem abuso prevalecer-se da situação jurídica daí decorrente, exercer a posição jurídica violada pelo próprio ou exigir a outrem o acatamento da situação já violada³¹⁶.

Conquanto se reconduza frequentemente a figura ao *venire contra factum proprium*, ela aparta-se do último em termos que a tornam apetecível para o enquadramento de topo das figuras de que aqui curamos³¹⁷. Desde logo, a primeira conduta relevante em sede de *tu quoque* corresponde à violação de um dever de conduta. Acresce que não se requer aqui uma contradição directa entre ela e a conduta que patenteia o abuso: a contradição está aqui entre as bitolas valorativas usadas pelo exercente para "julgar e julgar-se"³¹⁸, ou seja – limitando a ilustração à sede contratual, que nos interessa, e que é a sede mais sólida da expressão da figura

³¹⁵ REINHARD SINGER, *Das Verbot...* cit., pp. 352 e ss. Salientando que o ponto charneira é exactamente o da determinação do critério da contrariedade, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria...* cit., pp. 404 e ss. A tradução de "Vertrauendürfen" por "normativa legitimidade de confiar" é de PAULO MOTA PINTO, "Sobre a proibição...", cit., p. 285.

³¹⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* cit., pp. 837-838; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Do abuso...", cit., p. 10. FRANZ WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1956, pp. 30-31, salientando que se trata aqui de situações de exercício ilegítimo da posição jurídica quando esta foi adquirida em contravenção à lei ou contrato – em termos sugestivos, "nur der Selbst Rechtstreue darf Rechtstreue fordern".

³¹⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* cit., pp. 843-844. Assim, o autor tem por afluente no CC da fórmula *tu quoque* exactamente normas que acolhem constelações análogas às que estão aqui em causa: o art. 275.º, n.º 2, atinente à provocação ou impedimento da condição, contra a boa fé, pelo respectivo beneficiário, ou o art. 570.º, n.º 1, atinente à contribuição culposa do lesado para o seu dano.

³¹⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* cit., pp. 746 e 843.

–, entre a sua infidelidade e a fidelidade que exige da contraparte. E, decisivamente, este instituto *não exprime uma protecção concreta da confiança que já vimos ser aqui deslocada, mas o princípio da primazia da materialidade subjacente, mediador entre a boa fé e os casos concretos*³¹⁹. Uma "pessoa que viole uma situação jurídica perturba o equilíbrio material subjacente", não se podendo exigir à contraparte que mantenha o comportamento que se seguiria caso não tivesse havido violação³²⁰. Expressão do *tu quoque* contratual é, pois, a *excepção do não cumprimento do contrato* – concretização que, porém, já se emancipou historicamente da sua origem, dispondo de regime próprio. A referência à boa fé vale aqui apenas periféricamente: em sede da própria determinação precisa da estrutura dos deveres das partes, na qual assenta o sinalagma; e ainda para limitar a própria invocação da excepção, apenas a permitindo, sob cominação de abuso do direito, quando ocorram perturbações sinalagmáticas materiais³²¹. O *tu quoque* cumpre aqui uma função explicativa e sistematizadora, revelando que não existem no contrato duas posições discretas e desenraizadas, desvendando a sua ligação à partida³²². Tal vale para lá dos nexos sinalagmáticos, em atenção à economia real

³¹⁹ Como salienta ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* cit., p. 843, que considera o fundamento da confiança impertinente nesta sede (veja-se, porém, a p. 1281), tal redundaria aqui em questionar se "a pessoa cuja parte contratual prevarique tinha razões para acreditar que não mais lhe seria exigida a sua prestação, baseando, nessa lucubração, uma actividade jurídica posterior, em termos de "investimento de confiança"". Sem margem para dúvidas apontando tal diferença de fundamentação entre o *venire* e o *tu quoque*, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria...* cit., pp. 411-413, em nota.

³²⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Do abuso...", cit., p. 10. O princípio da igualdade que se colhe, por exemplo, em FRANZ WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen...* cit., p. 32, pode ser aqui invocado apenas como ideia sugestiva, sem que esteja uma efectiva aferição do peso recíproco dos direitos do exercente e da contraparte (cfr., criticamente, EGON LORENZ, "Der Tu-quoque-Einwand beim Rücktritt der selbst vertragsuntreuen Partei wegen Vertragsverletzung des Gegners – BGH, WPM 1970, 1246", *JuS*, 6, 1972, pp. 311-315, pp. 312 e ss.).

³²¹ Como salienta ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* cit., pp. 847 e 851.

³²² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* cit., pp. 1252-1254. Aqui a boa fé actua no seu papel de facultar tutela a situações jurídicas materiais através da sua "integração [...] no todo de onde promanam, provocando soluções diferentes das que, doutro modo, seriam encontradas". Estamos aqui perante as hipóteses em que a boa fé objectiva, desfazendo cisões operadas por necessidades linguísticas ou por conveniências conceptuais analíticas, concita a um ponderar cabal da realidade subjacente, em termos tais que um problema, conectado com um dos seus ângulos, não possa ter uma saída que esqueça os restantes. Assim, parece muito duro o juízo de EGON LORENZ, "Der Tu-quoque...", cit., pp. 312 e ss., que recusa qualquer utilidade à invocação no caso da violação do contrato por ambas as partes, explicitando porque não logra o *tu-quoque*, fundado numa ideia de preservação da igualdade entre as partes, ter aí um papel de fonte autónoma da solução adequada – nos casos em que tal quebra da igualdade de tratamento procedesse, estariam disponíveis normas concretas para dar solução à questão. A preocupação do autor parece ser a de provar o vazio da invocação do princípio operada pela jurisprudência, para dar uma mera cobertura retórica à solução dos casos. Não se nega que o princípio, nos casos que analisamos, não é fonte directa da solução; mas sempre permite, numa integração de topo e por remissão para o princípio da materialidade subjacente, manter o diálogo com o sistema.

subjacente ao contrato, que deve ser respeitada.

Estas considerações, no dito alcance explicativo e sistemático, podem proveitosamente ser transpostas para a sede que nos ocupa. Como temos vindo a observar, *é fundamental ao regime que enquadra estes deveres a preservação de um equilíbrio material entre as posições das partes, subjacente ao contrato*³²³. Tal como aconteceu em relação à excepção do não cumprimento, o legislador cristalizou, porém, num conjunto de regimes as ponderações tidas por mais adequadas àquele equilíbrio. Como tal, parece-nos que o apelo ao *tu quoque* deve ser aqui similar ao que é feito naqueloutra sede: servirá para manter presente a estreita articulação entre as atribuições das partes à face da economia do contrato, *impondo a boa fé como parâmetro de aferição da relevância do atentado inicial face à consequência jurídica que se pretenda invocar*. Permite, assim, exprimir a *bidireccionalidade da incidência da boa fé nesta sede*; e permite ainda não perder de vista o ponto de partida de violação de uma norma de conduta. Não vindo o *tu quoque* fundar a norma de conduta violada, a sua utilidade precípua é, contudo, a primeira: trata-se de um arrimo a ter por perto em sede de controlo da invocação das consequências jurídicas da violação daquelas normas de conduta.

Com tudo isto não se arvora o *tu quoque* em fundamento rígido ou exclusivo dos regimes em causa – basta invocar novamente as hipóteses de violação de exigências de conduta ligadas ao risco por sujeitos diversos do credor material da prestação para constatar os seus limites. E, como resulta do exposto, não estamos aqui perante uma constelação especificamente concitada pelo contrato de seguro, mas sim perante um expediente de fiscalização do equilíbrio contratual, que pode actuar em zonas mais centrais ou mais periféricas do contrato.

Fica, por último deste modo claro que, onde as normas pré-disponíveis não bastem e o próprio exercício do direito à prestação, na sequência da violação de uma exigência de conduta, se afigure desequilibrado face ao padrão de conduta mantido pelo requerente, a fundamentação do abuso do direito através do *tu-quoque* é a que se mostra mais auspiciosa.

³²³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* cit., p. 851: a pessoa que, mesmo fora do caso nuclearmente exemplar do sinalagma, desequilibre, num momento prévio, a relação material instituída, expressa, mas só em parte, no seu direito subjectivo, não pode, depois, pretender, como se nada houvesse ocorrido, exercer a posição que a ordem jurídica lhe conferiu.

c. O contrato de seguro como negócio de confiança?

Arredada a impositação das situações jurídicas em causa ao fundamento da protecção da confiança, dir-se-ia bastarem aqui breves palavras para arredar a pertinência da qualificação do contrato de seguro como contrato de confiança. A insistência, da parte de vários ordenamentos, em tal recondução, desaconselharia, porém, desde logo tal resposta à questão. Vejamos, pois, em que medida a figura dos contratos de confiança poderá ainda ser aqui prestável.

A categoria dos contratos *uberrimae fidei*, ou contratos de confiança³²⁴, vem recortada por referência a contratos que pressupõem ou implicam uma relação especial de confiança entre as partes, questionando-se se merecem ou não um tratamento diferenciado por parte da ordem jurídica. Face às manifestações desta categoria, o contrato de seguro não releva enquanto negócio fiduciário *stricto sensu* – atinente à transferência de bens ou direitos para um determinado fim negocial mais restrito, cujo relevo se reflecte apenas no plano de uma relação obrigacional³²⁵ –, mas eventualmente enquanto negócio fiduciário em sentido amplo. A falta de solidez da categoria faz-se sentir logo na largueza da sua malha, cujas descrições nem sequer directamente se ajustam à constelação tradicional da *uberrima fides* própria do contrato de seguro, conquanto este seja por mediação dela havido como uma das concretizações lídimas da figura³²⁶. Com efeito, se o contrato de seguro retrata situações *de exposição particularmente intensa de interesses de uma das*

³²⁴ Sobre o tema, na doutrina portuguesa, por todos, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria...* cit., pp. 544 e ss., com o qual em grande medida o texto dialoga.

³²⁵ Sobre a figura, GIOVANNI CRISCUOLI, "Fiducia e fiducie in Diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti *uberrimae fidei*", *RDC*, 1983, pp. 137-167, pp. 138-142. Aqui, a confiança é a forma de superação do desnível que assim se gera face à "*incongruência entre o meio jurídico empregue e o fim que se almeja alcançar*" – ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio jurídico indirecto, (Teoria geral)*, BFDUC, Suplemento X, 1952, p. 99 (cfr. pp. 98-100).

³²⁶ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria...* cit., pp. 546-547 e 550-551, em nota. Tal recondução é particularmente intensa na doutrina inglesa – para além dos autores que citaremos de seguida, PATRICK S. ATIYAH/STEPHEN A. SMITH, *Atiyah's introduction to the Law of contract*, Clarendon Press, Oxford, 2005, pp. 247-249; NICHOLAS LEGH-JONES/JOHN BIRDS/DAVID G. OWEN, *MacGillivray...* cit., pp. 435 e ss. Contudo, aí trata-se exactamente de conseguir, com tal qualificação, fundar deveres na esfera do segurado que à luz do Direito dos contratos em geral nela não incidiriam – JOHN LOWRY/PHILIP RAWLINGS/ROB MERKIN, *Insurance law: Doctrines and principles*, Hart Publishing, Oxford/Portland Oregon, 2011, pp. 84-85. Seriam exigências de conduta que, no nosso ordenamento, decorreriam de uma mobilização adequada do princípio da boa fé, que é, entre nós, parâmetro de avaliação da conduta pré-contratual e contratual face à generalidade dos contratos (já não assim no ordenamento inglês – cfr. PATRICK S. ATIYAH/STEPHEN A. SMITH, *Atiyah's...* cit., pp. 164-166 e PETER MACDONALD EGGERS/SIMON PICKEN/PATRICK FOSS, *Good faith...* cit., 1.06-1.10). Para esta doutrina, a *uberrima fides* é, no que toca ao contrato de seguro, um dado estruturalmente intrínseco e, por isso, objectivo, não decorrendo aqui tal qualificação da valoração da relação existente entre as partes – cfr., acolhendo a distinção, GIOVANNI CRISCUOLI, "Fiducia...", cit., pp. 153 e ss., 157-158.

partes à interferência da outra – para convocarmos o pensamento tradicional, pense-se na exposição do segurador à actuação sobre o risco dos sujeitos a ele ligados –, a verdade é que não se trata de "interesses confiados pelo contrato [ao segurado] para que os promova ou acautele".

O conjunto é, pois, mais bem descrito como um sistema móvel, caracterizador de um tipo, sendo os seus traços identificadores não necessários e graduáveis³²⁷. Diremos, pois, que, face ao seguro, a relevância desta ideia de confiança se alicerçará naquele primeiro segmento, sendo *decisivo o grau, particularmente intenso, de exposição do segurador à actuação do segurado*. Por sua vez, a confiança que cumpre ao segurador honrar respeita ao poder que lhe é conferido na verificação dos pressupostos do seu próprio dever de prestar. Aqui, a confiança é a forma de superação desse nível de possibilidades de afectação das posições jurídicas da contraparte – sendo também certo que, dado o facto de a forma de afectação dos interesses do segurador se processar através de actuações sobre a esfera onde se encontra o risco, que é muitas vezes a do próprio actuante, encontramos também aqui uma certa coordenação dos interesses das partes³²⁸.

A regulação do contrato reclama, pois, especialmente a tutela do confiante. Esta acontece *tanto por obra das partes*, como, uma vez que a *fides* é, no caso do seguro, um elemento inerente ao tipo contratual, por força *da regulação do regime típico*; e, para além desta, resulta de *ponderações gerais do ordenamento*, ancoradas no princípio da boa fé³²⁹. Manifestam-se nesta regulação típica os dois pilares geralmente identificados a propósito dos negócios de confiança. Por um lado, o regime impõe um amplo dever de revelar ao confiante todas as circunstâncias que podem afectar o seu interesse. Por outro, reclama-se, na execução do contrato, um comportamento da máxima correcção por forma a não defraudar a contraparte.

³²⁷ Cfr., em língua portuguesa, WALTER WILBURG, *Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil, Direito e Justiça*, 3, 2000, pp. 55-73 (trad. do original *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950, por DORA MOREIRA DE SOUSA/ RAÚL GUICHARD), com particular interesse na ilustração da aplicação do sistema móvel relativamente ao instituto da responsabilidade civil, concebendo os elementos que a fundam como forças móveis, que não constituem grandezas absolutas e constantes, sendo antes decisivo o conjunto da sua articulação variável. No limite, "[q]uando um elemento assume especial intensidade, pode suceder que seja só por si suficiente para justificar a responsabilidade pelo dano".

³²⁸ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria...* cit., p. 548.

³²⁹ Alude-se com esta dicotomia à valorada pela doutrina inglesa, quando distingue entre contratos *uberrimae fidei* "intrinsecamente" – i.e., por inerência face ao tipo – e contratos que devem ser assim compreendidos por força da relação que une as partes (GIOVANNI CRISCUOLI, "Fiducia...", cit., pp. 153 e ss., 157-158). Tal bipartição é, aliás, num ordenamento que, como o nosso, se refere de plano à boa fé, altamente forçada.

Encontramos, pois, em diálogo com as exigências do substrato prático que acima apresentámos, a *incidência de exigências de diligência e lealdade particularmente estritas face ao que vale na generalidade dos contratos*. Já esta formulação nos desvenda, porém, que não estamos aqui perante uma manifestação autónoma de tutela da confiança: *não se trata aqui*, de todo, da fundamentação e protecção de expectativas *efectivamente fundadas face ao contrato*³³⁰. Trata-se antes da criação de uma teia de deveres de conduta que cria uma guarda avançada face à tutela da confiança que aqui em termos gerais se coloca. Quer se trate de deveres estabelecidos pelas partes, quer esses resultem do estatuto objectivo do negócio, *a ideia de protecção de expectativas não condiciona a aplicação destes regimes*: aliás, quanto mais densa a teia de deveres em causa, menor a necessidade de uma protecção autónoma de tal confiança. Trata-se aqui de uma confiança tipicizada, que prescinde da demonstração de uma confiança concreta e individualizada.

Conclui-se que, nos negócios ditos de confiança, contra o que o *nomen* pudesse pressagiar, o feixe de deveres de conduta que compõe o respectivo regime não configura à partida uma manifestação da tutela de expectativas, mas antes uma defluência da boa fé, tratando-se aqui de especiais exigências de lisura e correcção que atingiram estatuto dogmático autónomo³³¹. O particular envolvimento da confiança nestas relações não deixa, porém, de se manifestar, em sede de densificação do critério da justa causa para efeitos da cessação antecipada da relação. Tornaremos a este assunto mais à frente.

³³⁰ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria...* cit., pp. 552-555. Veja-se já as pp. 454 e ss., onde o autor precisa a articulação entre boa fé e protecção da confiança. O autor salienta que o comando da boa fé não é insensível às expectativas formuladas em relação à conduta alheia; porém, a responsabilidade pela sua violação não se prende já com a efectiva formação e violação de tais expectativas, mas antes com a infracção de ditames de razoabilidade da conduta, que poderão ter assimilado, em termos abstractos, aquelas que são as expectativas justificadas face à conduta alheia. Mas este dever não se destina a assegurar a realização de tais expectativas, mas a exprimir exigências de lealdade e correcção de comportamento. Cfr. também ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Curso de introdução ao estudo do Direito*, s. ed., Coimbra, 1971-1972, pp. 58-59 e ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto – Questão de Direito ou O problema metodológico da juridicidade, (Ensaio de uma reposição crítica)*, I, *A crise*, Almedina, Coimbra, 1967, pp. 513 e ss. e 529-530, em nota, salientando que enquanto que o princípio do abuso do direito exprime a exigência de uma juridicidade material – a exigência de um fundamento normativo de validade que imponha como justas a aquisição e o exercício do direito –, o princípio da boa fé e os outros análogos têm um duplo e decisivo relevo. Por um lado, são directos apelos a exigências de justiça para que valham como critérios da decisão concreta; por outro, mostram-nos "como os homens se compreendem vinculados por uma co-responsabilidade moral ainda mesmo no simples domínio de uma actividade negocial".

³³¹ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria...* cit., p. 555; já antes, pp. 433-434, salientando como os deveres impostos pela boa fé englobam a tutela de preocupações longínquas da tutela de expectativas; de todo o modo, a responsabilidade pela sua infracção não é em rigor uma responsabilidade pela confiança, porque não está directamente em causa a indemnização do prejuízo causado pela frustração de representações concretamente acalentadas pelo sujeito.

É, pois, ao cânone da boa fé, *na sua vertente quer de fundamento último dos deveres de conduta positivados na lei ou no contrato que protegem preventivamente a confiança, quer de fonte directa de tais deveres*, que revertemos no final deste excurso. É aos *quadros familiares da relação obrigacional complexa que afinal vimos dar* – o perscrutar das exigências colocadas pela confiança que acenam aqui ao fundo não deixa, porém, de ser útil, aconselhando-nos comedimento a acompanhar a doutrina que liminarmente rejeita a referência aos contratos *uberrimae fidei*³³².

d. Sequência

É tempo de passar em revista o que até aqui alcançámos. Vimos que o substrato material subjacente ao seguro coloca, dada a assimetria informativa que o caracteriza, especiais riscos de causação de desequilíbrio contratual através da conduta das partes e de outros sujeitos ligados ao risco. Tal postula a incidência de deveres de conduta que visam preventivamente alinhar a conduta do sujeito beneficiado pela assimetria com o que seria uma actuação diligente e zelosa. Tais exigências de conduta – frise-se, em correcção da doutrina tradicional – impõem-se em relação a ambos os lados do contrato, porquanto a assimetria informativa não avanta sempre o lado do segurado, avantajando também o segurador. No presente trabalho analisamos deveres que respondem antes de mais à assimetria informativa que avanta o segurado; mas, para sua cabal compreensão, não se pode perder de vista a supremacia informativa de que o segurador paralelamente dispõe.

Este substrato suscita o aparecimento de exigências de conduta que valem enquanto guarda avançada da *fides* negocial – manifestando não um afloramento concreto da tutela da confiança, mas antes um *civiliter agere* que visa dar uma protecção tipificada e abstracta a tal confiança, em emanação da boa fé.

³³² Assim, SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 198-199, considera que as *Obliegenheiten* colocadas a cargo do tomador/segurado têm uma função inteiramente sobreponível à de deveres pré-contratuais de informação ou deveres contratuais de cooperação qualificados como deveres laterais. JOACHIM GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis, Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1989, pp. 388-389, rejeita, assim, o relevo da categoria dos contratos de confiança, considerando desde logo que o conteúdo de sentido do conceito é mais amplo do que os fenómenos específicos a que efectivamente se refere. Como o autor salienta, nenhum contrato vincula à fidelidade, apenas sendo devido, como em qualquer caso, um comportamento correcto, com abstenção do que faça perigar o fim contratual.

Estes deveres inserem-se nos quadros da relação de seguro enquanto relação obrigacional complexa, provindo de diferentes dos seus estratos de sentido. Tanto resultam do exercício da autonomia privada das partes, como são manifestações da conformação do conteúdo do contrato pelo Direito objectivo, decorrendo do regime típico do contrato ou da cláusula geral de boa fé. Saliente-se, porém, que nem todos os deveres que, com escopo de manutenção de um dado equilíbrio entre atribuições, se ligam ao contrato, se podem dizer uma decorrência da boa fé, nas ditas funções de guarda avançada da confiança. Se todos eles marcam a fisionomia da transferência de risco operada pelo contrato, é certo que alguns dos deveres de conduta ligados ao risco visam, mais do que conter condutas oportunistas dos sujeitos ligados a ele, dar ao risco um determinado recorte para efeitos de delimitação da cobertura.

Vimos ainda que, não se curando aqui de expedientes de tutela da confiança em concreto, é improficuo o apelo ao *venire contra factum proprium*. Mostra-se, porém, proveitoso o apelo, *em pano de fundo*, ao *tu quoque*, enquanto horizonte de controlo material dos pressupostos da invocação pelo segurador da consequência da exoneração ou redução da sua prestação, face à violação destes deveres de conduta ligados ao risco. O *tu quoque* apenas vale, porém, enquanto mecanismo de ponderação cabal da materialidade subjacente ao contrato; e não explica, de resto, a totalidade das hipóteses de invocação de tais consequências jurídicas – maxime, estando em causa a actuação de sujeito que não o credor material da prestação.

e. Relação obrigacional complexa de seguro

É tempo, pois, de inserir estas várias exigências de conduta ligadas ao risco na relação obrigacional complexa promanada do contrato de seguro. A bem da clareza do discurso que se segue, façamos um ponto de ordem. Em primeiro lugar, por razões de simplicidade, continuaremos a referir-nos às exigências de conduta aqui em causa como deveres, usando o termo no sentido lato de exigência de conduta. Em segundo lugar, procuraremos situar tais exigências na dogmática da relação obrigacional complexa por referência à função e sentido que nela desempenham os deveres de conduta. Este diálogo permitirá apreender confluências e distâncias face a outras hipóteses de exigências de conduta de relevo contratual.

Recorrente interjeição na sistematização dos deveres que transcendem os deveres primários de prestação é a da dificuldade de traçar fronteiras, sendo os critérios prévios à consequência da classificação, eles próprios, fluidos e presentes nas várias categorias, e as consequências que da classificação derivam, e que são por vezes invocadas como critério classificatório, sujeitas a uma lógica menos estrita do que a sistematização o pretenderia³³³⁻³³⁴. Deve, pois, ser a recondução

³³³ São desde logo conhecidos tanto a falta de uniformidade conceptual na referência a estes conjuntos de deveres (cfr., apenas a título de exemplo, as flutuações terminológicas recenseadas em ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito civil português, II, Direito das obrigações, I, Introdução, Sistemas e Direito europeu, Dogmática geral*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 507, em nota), como o carácter pouco satisfatório das designações que lhes são atribuídas – apenas no que às versões portuguesas concerne e a título de exemplo, a referência, feita por Carlos Mota Pinto, aos deveres secundários, acessórios da prestação principal, levá-los-ia para junto dos deveres secundários que emergem nas situações de incumprimento *lato sensu* da prestação, e de que os primeiros funcionalmente se apartam (cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção, Suplemento XXXVIII ao BFDUC*, Coimbra, 1994, pp. 187 e ss.); a designação dos deveres de consideração como deveres acessórios aproxima-se demasiado da designação dada ao primeiro conjunto; a sua designação como deveres de protecção não dá expressão a todo o seu conteúdo; a sua designação como deveres laterais é desadequada face às situações em que estes surgem sem que haja deveres principais de prestação, ou face às situações em que os deveres principais são acompanhados não por deveres de consideração, mas por deveres secundários de prestação – pense-se no dano moratório – (cfr. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, I, cit., p. 124); a sua designação como outros deveres de conduta, além de dotada de pouco poder descritivo, colide com a separação, por vezes invocada, entre deveres de conduta e deveres de comunicação; a sua designação como deveres de lealdade não dá o devido acolhimento aos deveres de protecção ou permite a devida nuance face a circunstâncias em que a confiança entre as partes exige especial tutela... Seguimos, por isso, a terminologia que concita o elogio de MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres (ditos) "acessórios" e o arrendamento", *ROA*, 1, 2013, pp. 267-290, pp. 271 e ss., e que, no tocante aos deveres que extravasam os de prestação, convoca a noção de deveres de consideração, *Rücksichtspflichten* a que a SRM deu curso legal. Também a nós nos parece reunir um conteúdo de sentido adequado, já que recorta os deveres de ter em consideração interesses legítimos da contraparte, sem o estreitar em demasia.

³³⁴ Mesmo na Alemanha, onde a SRM conferiu assento positivo expresso à distinção entre deveres de prestação (§ 241, I) e deveres de consideração (§ 241, II), assacando a cada conjunto um regime jurídico diverso, as fronteiras entre tais conjuntos não lograram ainda afirmar-se com nitidez. Veremos nas pp. seguintes, que, se há, na civilística alemã contemporânea, autores que consideram que toda a partição a fazer é entre deveres de prestação – reconduzíveis, portanto, ao § 241, I – e deveres de protecção – reconduzíveis ao § 241, II –, outros autores há que identificam entre os deveres de consideração deveres não ligados a um interesse na integridade, mas a um interesse na prestação. E veremos ainda que os critérios de distinção entre deveres de prestação e deveres de consideração são tendenciais, identificando a doutrina que os recorta prontamente limitações à sua aplicação (vg., face ao critério da coercibilidade ou sua ausência, ou do carácter específico, ou aberto da hipótese), ou usando nela critérios de adequação às consequências jurídicas previstas para o conjunto em causa, também eles logo relativizados. Para além do que veremos a propósito do critério da coercibilidade, saliente-se que GREGOR BACHMANN/GÜNTHER H. ROTH, "BGB § 241 Pflichten aus dem Schuldverhältnis, III. Neben- und Schutzpflichten (Abs. 2), IV. Insbesondere: Aufklärungspflichten", *Münchener Kommentar zum BGB*, 2, WOLFGANG KRÜGER (coord.), C. H. Beck, Munique, 2012, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 16.12.2013), nm. 53, perante as disposições alemãs actualmente em vigor, salientam que aquelas que se referem a uma prestação poderão aplicar-se a qualquer dos deveres em questão, tudo dependendo da pertinência do regime em causa face ao caso concreto. Esta labilidade dogmática subjaz a uma recepção crítica do novo § 241 do BGB – assim, FRANZ DORN, "§ 241", in *HKK, II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, §§ 241-342*, MATHIAS SCHMOECKEL/JOACHIM RÜCKERT/REINHARD ZIMMERMANN (coord.), Mohr Siebeck, Tübinga, 2007, pp. 137-246, pp. 222 e 245-246, conclui que a norma é

sistemática fincada nas amarras que permitem que se identifique, no Direito nacional, como no comparado, um sentido comum a estas posições jurídicas – sob pena de tal recondução obnubilar, mais do que esclarecer, este contexto.

Trata-se aqui de deveres de fonte legal, mas que frequentemente são retomados no clausulado; ou deveres que extravasam as positivacões legais, sobretudo impondo ao segurado determinadas condutas específicas, sobretudo com eficácia preventiva, ou, através de cláusula geral, uma conduta geralmente diligente – podendo, pois, confluir com o que decorreria em todo o caso do parâmetro da boa fé no caso concreto. São tanto *deveres de prevençã do sinistro ou não agravamento do risco, deveres de afastamento e mitigaçã das consequências do sinistro* ou da sua *nã provocaçã intencional*, como deveres de informaçã, tanto atinentes a situações de agravamento do risco, como de materializaçã do sinistro.

Donde se desprende já a sua funçã e titularidade. São deveres que permitem o *controlo das variações de risco ocorridas na execuçã contratual*, ou da *dimensã do sinistro em que o risco se materialize* – em suma, o controlo das circunstâncias aptas a *agrar a probabilidade ou extensã do dever de prestar do segurador*. E são deveres *postos a cargo de sujeitos ligados ao lado credor da prestaçã*, que *podem com a sua conduta influenciar o conteúdo da atribuiçã da contraparte*, potenciando a constituiçã ou empolamento do dever de prestar que seria encabeçado na sua esfera, ou, em face do regime de comunicaçã dos agravamentos do risco que vigora entre nós, impedindo-a de se desembaraçar de um contrato que não reflecte já o equilíbrio pretendido. O seu sentido é, pois, o de *salvaguardar a equivalênciã entre as atribuições, permitindo que o risco suportado pelo segurador e correspondente a um dever de prestaçã condicionado mantenha a equivalênciã com o prémio estipulado*.

Esta considerações explicam já uma primeira camada de hesitações no seu enquadramento: a determinaçã do tipo de interesse que servem – se um interesse na protecçã (*Schutzinteresse*) ou integridade (*Integritätsinteresse*), se um interesse na prestaçã (*Leistungsinteresse*). De um modo relativamente descomprometido,

desprovida de um verdadeiro conteúdo normativo, e por isso inócua, já que, antes como depois da sua inclusã, não é dos seus termos, mas das normas especificamente aplicáveis ao contrato, dos termos deste e do princípio da boa fé que decorrem os deveres na norma previstos. Ser-lhe-ia, pois, extensível o que já Paul Laband dizia do precursor do § 241, I: que se tratava de uma norma vazia, sem a qual a *praxis* passaria pelo menos tão bem como com ela.

podemos descrever o primeiro como atinente à tutela do *status quo* dos bens jurídicos dos sujeitos envolvidos na relação jurídica. Já o interesse na prestação é atinente à consecução dos fins pretendidos com o contrato (a um *status ad quem*), respeitando à circulação dos bens e à produção de um acréscimo na esfera do credor³³⁵.

Ora, visando assegurar que a atribuição do segurador não excede a proporção justa face à atribuição cruzada, os deveres que aqui analisamos estão sem dúvida ligados à prestação, podendo dizer-se que, sem ela, "caem no vazio"³³⁶. Privilegiando-se, na definição do interesse na prestação, um nível de cumprimento ou equivalência (*Erfüllungs- bzw. Äquivalenzebene*)³³⁷, e, na definição do interesse na integridade, um nível de protecção *primacialmente análogo à tutela delitual*, acrescida da tutela face a certos danos puramente patrimoniais – vg., paralisação de uma empresa, divulgação de segredos não patenteados –³³⁸, tender-se-á a *referir os deveres que aqui nos ocupam a um interesse na prestação*.

Porém, ao garantir que o devedor(-segurador) não presta mais do que o que deve à luz da equivalência pressuposta entre as prestações, se preserva também o

³³⁵ Cfr., por exemplo, DIRK OLZEN, "BGB § 241", *Staudinger BGB, I*, Sellier-De Gruyter, 2009, disponível em <https://beck-online.beck.de/default.aspx?vpath=bibdata/komm/Staudinger/cont/Staudinger%2Ehtm> (consultado pela última vez a 19.05.2014), nm. 160-161.

³³⁶ Parafraseamos JOSEF ESSER/EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil, I, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 91.

³³⁷ Como é o caso de JOSEF ESSER/EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht, I...* cit., p. 90.

³³⁸ Para a explanação dos bens jurídicos em causa, conforme em texto, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres...* cit., pp. 318-319. Esta é, como se sabe, a linha "inaugurada" por HEINRICH STOLL, "Abschied von der Lehre von den positiven Vertragsverletzung", *AcP*, 3, 1932, pp. 257-320 (na verdade, a demarcação deste interesse advinha já de Kress, como informa o próprio Stoll, na p. 289, em nota; cfr. FRANZ DORN, "§ 241", cit., p. 235), recortando, na linha da Jurisprudência dos interesses, o interesse de protecção como o interesse atinente à conservação dos bens pessoais e patrimoniais dos sujeitos implicados na relação, face às possibilidades de dano abertas pela relação especial e identificando por referência a este o círculo dos deveres de protecção (pp. 287-89 e 298 e ss.; apesar das palavras do autor na p. 299, que pareceriam sugestivas para esta controvérsia, segundo as quais não seria sempre fácil determinar se se tratava no caso da lesão de um interesse na prestação ou na protecção, os exemplos dados pelo autor são atinentes a situações em que o cumprimento defeituoso gera danos em bens jurídicos do credor protegidos por direitos absolutos – os ditos casos de "Schlechterfüllung"). Para Stoll (p. 289), não parece haver lugar para a contraposição entre deveres de protecção e deveres de consideração, ao serviço da prestação, a cargo do credor – o autor refere-se, por contraposição aos verdadeiros deveres de protecção que impendiam sobre aquele, aos meros ónus que sobre ele impendem (Gläubigerlasten), já que estes, ao contrário dos deveres, servem o "Gebot des eigenen Interesses". Na sua esteira, assinalando a importância da distinção, CLAUS-WILHELM CANARIS, "Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen: Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen", *JZ*, 15/16, 1965, pp. 475-482, p. 477; na mesma linha, JOSEF ESSER/EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht, I...* cit., p. 90, acentua o carácter delitual dos deveres de protecção.

seu património de uma diminuição não justificada³³⁹. Acresce que estes deveres, conquanto se repercutam na determinação da prestação principal, não têm a típica *função instrumental face ao dever de prestação principal* que ocupam os deveres acessórios de prestação: *não correspondem a uma decomposição analítica da*

³³⁹ Na esfera alemã, encontramos actualmente vozes sonantes na doutrina que, ainda que sem uma discussão especificamente dirigida ao recorte claro destes dois pólos de referência – interesse na prestação e interesse na integridade –, reconduzem deveres de cooperação do credor ao segundo destes pólos. Veja-se, porém, o que dizemos abaixo, em nota. Neste sentido, DIRK OLZEN, *BGB § 241*, cit., nm. 167, configurando como posição jurídica destinada à tutela de um interesse na integridade a *Obliegenheit* do credor de demonstrar os pressupostos da sua pretensão para a fazer valer em sede extrajudicial, já que tal posição jurídica não alarga a esfera jurídica do devedor, mas garante o *status quo* desta, impedindo que contra ela se afirmem pretensões infundadas. Similarmente, HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, "Leistungspflichten und Schutzpflichten", in *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, ANDREAS HELDRICH/JÜRGEN PRÖLSS/INGO KOLLER (coord.), C. H. Beck, Munique, 2007, pp. 275-306, p. 280, ao considerar que *os deveres de não frustração da prestação do devedor a cargo do credor materializam deveres de protecção* – deveres que o autor recorta exactamente como estando ao serviço da preservação do *status quo*, ou seja, de preservação de outros bens das partes para além dos associados ao fim do contrato. Este mesmo escopo dotaria os deveres de protecção de um carácter abstracto-relativo, porquanto se configurariam como cláusulas gerais cujo conteúdo obrigatório apenas em concreto se determinaria e imporiam ao seu devedor geralmente uma obrigação de meios. Por sua vez, os deveres de prestação, ligando-se ao fim do contrato concretamente acordado, imporiam o dever de lograr determinado resultado, tendo por isso carácter concreto-absoluto (cfr. pp. 277 e ss.). A fundamentação para a qualificação dos *deveres de não frustração da prestação do devedor, a cargo do credor* enquanto deveres de protecção não é, porém, feita ao abrigo do interesse servido pelos deveres, mas ao abrigo da sua estrutura – tratar-se-ia de deveres de carácter abstracto-relativo – e da inadequação das consequências do incumprimento previstas para os deveres de prestação, que aqui cederiam o passo às consequências específicas da responsabilidade do credor. O próprio Canaris (CLAUS-WILHELM CANARIS, "Die von beiden Parteien zu vertretende Unmöglichkeit", in *Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts, Festschrift für Egon Lorenz zum 70. Geburtstag*, MANFRED WANDT/PETER REIFF/DIRK LOOSCHELDERS/WALTER BAYER (coord.), Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2004, pp. 147-182, pp. 159-160 – aliás citado por Grigoleit) parece não se apartar muito destas considerações, ao abordar a questão da pretensão indemnizatória que o devedor da *prestação tornada impossível por facto imputável a ambas as partes contratuais* pode dirigir contra o credor co-responsável pela impossibilidade, face ao dano correspondente à perda do seu direito à contraprestação. Canaris considera que a pretensão do devedor se funda na violação de um *dever de protecção a cargo do credor* (§ 241, II), que lhe impõe a *não causação de danos no património do devedor*, no sentido do *não comprometimento da capacidade de prestação deste*. Claro está que, quando a impossibilidade advenha da danificação também pelo credor do bem pertencente ao devedor que devesse ser o objecto da prestação, há uma situação que teria protecção mesmo pelas regras delituais; Canaris parece, porém, fazer aquelas considerações de um modo geral, para além destas situações de lesão de um elemento do património do devedor com que este fosse prestar. E também, DIETER MEDICUS/STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, C. H. Beck, Munique, 2012, pp. 66-67, se limitam a reconduzir a totalidade dos deveres previstos no § 241, II, à tutela do interesse na integridade, que definem simplesmente como buscando um não agravamento da situação da contraparte, ao contrário dos deveres de prestação, que buscam a melhoria de tal situação. A discussão parece-nos, porém, condicionada pela separação que o § 241, II, opera agora entre os deveres de consideração dos direitos, bens jurídicos e interesses da outra parte, e o dever de prestação, previsto no I – separação que *tende a levar a considerar os deveres atraídos para a esfera do § 241, II, como apartados do serviço do dever de prestação*. Lembre-se que o § 241, II, na sua génese, teria apenas visado os deveres de protecção (cfr., por exemplo, FRANZ DORN, "§ 241", cit., p. 219), mas que acabou por, na sua letra, acomodar mais do que estes; tal contraposição inicial entre prestação e protecção poderá de algum modo marcar ainda a abordagem. Numa análise comparatística, cfr. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, "Deveres de protecção em relações obrigacionais", *Sc. Iur.*, 297, 2003, pp. 495-523, p. 498, dando conta também da predominância, se não exclusividade, dos deveres de protecção no elenco do § 241, II.

*prestação principal*³⁴⁰, nem estão *ao serviço da cabal realização desta, com vista à satisfação do interesse que o respectivo credor tem nessa prestação*. Desde logo, porque ganham relevo na esfera de um sujeito por este se encontrar do lado credor da prestação principal a cargo do segurador³⁴¹.

Trata-se de uma recondução que – é bom de ver – depende de como se definirem os referentes de interesse em causa. O seu papel é, ademais, o de alumiar o substrato prático-normativo em causa, e não o de permitir qualquer subsunção à hipótese de um regime jurídico pré-determinado. Ora, e se estes deveres garantem de algum modo o património do devedor, fazem-no por estarem *ao serviço da equivalência entre as prestações acordadas*. Não se reconhece a estes regimes uma função de tutela de *bens jurídicos pré-existentes* na esfera do segurador que a relação jurídica especial pudesse colocar em especial perigo *por um modo que transcendesse a própria prestação*. Como dissemos, trata-se de deveres que determinam a constituição ou conteúdo do dever de prestar do segurador. Assim, o *dano patrimonial* que o seu não cumprimento possa acarretar produz-se através da realização de uma *prestação do segurador mais elevada do que a que exprimiria o equilíbrio pretendido para o contrato*. Podendo dizer-se que, *sem a pretensão à prestação principal a cargo do segurador*, estes deveres *caem no vazio*. Tanto assim é que, ao contrário do que acontece em face dos deveres de protecção, estes deveres não se sustentam em casos de interacção potenciada pela celebração de um contrato nulo³⁴². Reportam-se, pois, ao interesse na prestação concebido de um modo amplo, para lá de uma referência imediata à prestação do devedor – como é, aliás, o que está em causa no reconhecimento de deveres de consideração diversos dos deveres de protecção em sentido estrito³⁴³. Seriam, pois, *prima facie, deveres de*

³⁴⁰ Numa compreensão dos deveres que aqui referimos como acessórios da prestação principal como puras decorrências do alcance semântico dos termos disponíveis para descrever a prestação principal, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* cit., p. 592; aparentemente menos extremado em ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, cit., p. 497.

³⁴¹ Salientando que os que aqui referimos como deveres de consideração, ao contrário dos que referimos como acessórios da prestação, adstringem ambas as partes, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, I, cit., p. 127, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, cit., p. 513.

³⁴² Assim, CLAUS-WILHELM CANARIS, "Ansprüche wegen...", cit., p. 477, salientando ser esta uma das valias da distinção estabelecida por Stoll: tornar claro quais os deveres que, fundados na boa fé, podiam subsistir em caso de nulidade ou anulação do contrato.

³⁴³ Apesar das hesitações que recenseámos na separação entre interesse na integridade e interesse na prestação, a distinção entre os outros deveres de consideração (qualquer que seja a terminologia que se adopte), para lá dos deveres de protecção, e os deveres acessórios da prestação principal mantém o seu curso (cfr. KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, C. H. Beck'sche, Munique, 1987, pp. 10-12, e doutrina aí citada; na doutrina recente, GREGOR BACHMANN/GÜNTHER

H. ROTH, *BGB § 241, III/IV* cit., nm. 52), considerando que o regime do § 241, I, é pouco adequado aos deveres de consideração, ainda que ao serviço da prestação, *vg.*, por permitir requerer indemnização em vez da prestação mediante fixação de um prazo para cumprimento. Noutra sentida, veja-se porém, HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, "Leistungspflichten...", cit., p. 279, que considera que todos os deveres de consideração que permitem a realização do interesse na prestação – *vg.*, o dever de lealdade do devedor que impõe que não se impossibilite a realização daquela – devem ser adscritos à categoria dos deveres acessórios da prestação principal.

Por confronto com o que dizemos em texto, lembre-se que os deveres acessórios da prestação principal são deveres retratados em primeira linha como deveres que visam a satisfação cabal do *interesse imediato que o credor tem na prestação principal*, sendo instrumentais do cumprimento pontual dos deveres de prestar assumidos: não são responsáveis pela caracterização do tipo contratual em causa, mas o seu cumprimento é necessário para que se possa dizer cumprido o dever de prestação principal (*cf.*, quanto à definição dos últimos e contraposição com os primeiros, na doutrina alemã, GREGOR BACHMANN, "BGB § 241 Pflichten aus dem Schuldverhältnis, I. Normzweck, II. Schuldverhältnis und Leistungspflicht (Abs. 1)", *Münchener Kommentar zum BGB, II*, WOLFGANG KRÜGER (coord.), C. H. Beck, Munique, 2012, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 21.05.2014), nm. 29-30, com ulteriores indicações bibliográficas; na doutrina portuguesa, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Atlântida Editora, Coimbra, 1970, p. 337, que os designa como deveres secundários, acessórios da prestação principal, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres...* cit., p. 191, e MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres...", cit., pp. 272-273).

Os contornos da distinção são, porém, vários e fluidos, socorrendo-se a doutrina alemã de um conjunto de argumentos tendenciais, que operam ao modo de índices. Aparta-se, assim, os deveres acessórios da prestação principal dos deveres de consideração com fundamento na possibilidade de obter a execução específica dos primeiros, ausente dos segundos – argumento que, como veremos, se encontra em grande medida relativizado; ou com fundamento no facto de os contornos dos deveres de consideração apenas se concretizarem no decorrer da execução contratual, por solicitação das circunstâncias, tendo até a esse momento feição de cláusula geral (KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 12, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres...* cit., p. 189; HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, "Leistungspflichten...", cit., pp. 276 e ss.) – encontramos, porém, também deveres acessórios da prestação que apenas no decorrer da execução contratual se manifestam (*vg.*, o de embalar a coisa vendida de modo a protegê-la da chuva), bem como deveres principais de prestação cujo conteúdo apenas em concreto se determina (como é característico no caso das obrigações de particularização sucessiva, de que é exemplo a obrigação de tratamento no contrato de prestação de serviços médicos – veja-se – CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Os contratos civis de prestação de serviço médico", in *Direito da saúde e bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, pp. 75-120, pp. 107-109; em geral, HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, "Leistungspflichten...", cit., p. 277, salienta o carácter não absolutamente fixado, mas relativo, dos deveres de prestação ligados a um serviço, por contraposição ao carácter ideal-típicamente concreto e absoluto de um dever de prestação da coisa vendida). A doutrina portuguesa tem dado mais ênfase a um critério funcional: assim, enquanto que os deveres que aqui designamos deveres acessórios da prestação principal estariam ao serviço do interesse na própria prestação, os deveres de consideração estariam ao serviço do mais lato *fim do contrato* (CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão...* cit., pp. 348-349, invocando a influência de Esser e significativamente afirmando que "a "chave" dos que designa por deveres laterais é o fim do contrato"; na doutrina alemã, recente refere-se especialmente ao fim do contrato para fundamentar estes deveres, por exemplo, VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, C. H. Beck, Munique, 2005, pp. 330 e 345). Estes teriam por função a cooperação com vista à realização de *fins mediatos da prestação* ou de *interesses conexos com o cumprimento do contrato a que seja razoável a contraparte atender* (assim, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres...* cit., p. 191, ou MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres...", cit., p. 270, preferindo reportar-se ao fim mediato da prestação no recorte dos deveres laterais, por oposição ao fim do contrato, dado o facto de as partes não terem em geral em vista uma finalidade em comum para a prestação). Parece-nos ser um critério muito merecedor de destaque, permitindo olhar para outros fins que não os imediatamente associados à prestação; tal permite ainda ver *o quão espciosa é a distinção entre deveres acessórios da prestação e deveres de lealdade atinentes à substanciação do vínculo contratual – já que, afinal, vêm colimados a um mesmo fim* (veja-se, quanto a este ponto, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, cit., p. 512, afirmando o *continuum* entre as posições, mas distinguindo-as de acordo com a sua *fonte primacial* – autonomia privada ou Direito objectivo – cujo *continuum* na construção de tais posições é, porém, também patente).

consideração ligados à prestação – deveres de informação e deveres de cooperação ou lealdade do credor, impondo-lhe um comportamento negocial honesto e leal, em atenção à preservação do equilíbrio entre as atribuições³⁴⁴.

Posto isto, várias clarificações parecem ainda de relevo. A primeira, para dizer que *se tratará aqui, muitas vezes, de deveres expressamente previstos no contrato*. Será assim não só face a condutas não impostas pela lei, como também, face aos deveres de fonte legal – já que, no nosso ordenamento, tal é face a vários regimes condição para que o segurador possa invocar a exoneração total em caso de incumprimento; esta previsão pode ainda servir para, no espaço em que tal seja consentido, modelar a consequência jurídica e os requisitos da sua aplicação. Quando não haja regime legal pré-disponível, trata-se ou da criação de deveres de conduta precisos, maioritariamente com o sentido da contenção do risco, ou da criação, através de cláusula geral, de deveres de diligência. Em alguns destes casos, o dever de adopção da conduta em causa nas circunstâncias concretas decorreria já da consideração dos interesses do segurador imposta pela boa fé; face à sua previsão, fica o intérprete escusado da tarefa metodologicamente mais exigente de os fundar directamente no princípio. Obtendo tal positivação passarão, como é comumente aceite, a ter o estatuto de *deveres acessórios de prestação, sendo*

Não é, porém, isenta de problemas a determinação do que exprime ainda o cumprimento cabal da prestação principal e o que exprime o respeito por outros interesses a ela conexos. De resto, como veremos já em texto, aceita-se o critério da positivação de deveres no contrato como bastante para justificar a qualificação como dever acessório da prestação – o que conduz para esta qualificação deveres com feições muito diversas.

³⁴⁴ Os deveres de lealdade surgem com figurinos diversos, ora mais estreitos, ora mais largos; em qualquer deles vemos, porém, nítida uma intencionalidade que recolhe a dos deveres aqui em causa. Podemos, pois, mais latamente referir estes deveres como os que obrigam as partes a, "na pendência contratual, *absterem-se de comportamentos que possam falsear o objecto do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações [pelas partes] consignado*" (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* cit., p. 606, sublinhados nossos). Ou, mais estreitamente, como os deveres que decorrem do facto de *uma parte contratual estar dependente da outra para dar cumprimento das condutas que recaem no seu âmbito de responsabilidade e são necessárias a alcançar o fim contratual, sendo, por outro lado, este auxílio possível e exigível à contraparte*. Estes deveres *terminam*, assim, onde se trate *exclusivamente dos interesses e da esfera de risco da contraparte* (GREGOR BACHMANN/GÜNTHER H. ROTH, *BGB § 241, III/IV* cit., nm. 62 e ss.; na tipologia proposta, os deveres de consideração que asseguram a prestação funcionam como uma categoria residual dentro dos deveres de consideração ao serviço de um interesse de prestação, impondo às partes os comportamentos necessários a não colocar em perigo ou prejudicar a realização do resultado da prestação e a actuação do fim contratual e abrindo-se a deveres com um conteúdo menos especificado do que o dos deveres de informação e prestação de contas e de cooperação (nm. 83). Os deveres de cooperação que aqui especificamente tratamos têm, claro está, uma estreita ligação com as categorias mais fluidas dos deveres de preservação das bases de confiança do contrato (nm. 92-93), ou dos deveres de salvaguarda activa dos interesses da outra parte (nm. 97-99)). Note-se que também VOLKER EMMERICH, *Das Recht...* cit., p. 345, chama a atenção para os perigos de uma sobre-extensão dos deveres de cooperação, pois esta poderia borrar os contornos da responsabilidade de cada uma das partes pela prestação a seu cargo.

*havidos como criatura da autonomia privada; e isto ainda que não estejam ao serviço da prestação primária a realizar pelo sujeito que as encabeça*³⁴⁵. Com efeito, não se trata aqui de substanciar a prestação devida pelo lado segurado – o prémio –, mas de *actuar sobre a atribuição do segurador, enlaçando-se no seu recorte*. Esta *participação activa na demarcação das fronteiras entre o risco transferido e o risco retido associa, pois, estas posições ao recorte das esferas de risco de cada um dos lados*.

Este sentido não deve ser perdido de vista, por mais que os deveres sejam concretizados ou levados ao contrato. Não se pode assumir que este alcandorar à posição de dever com assento contratual co-implique a possibilidade da sua exigência coerciva, conquanto esta surja muitas vezes como *traço tendencial* de demarcação do regime dos deveres acessórios de prestação face aos simples deveres de consideração que sirvam finalidades análogas³⁴⁶. Nem tal possibilidade faria

³⁴⁵ Assim, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 12, considerando que as partes, ao erguer estas condutas a conteúdo de um dever contratual, as convertem em deveres de prestação – em deveres acessórios de prestação, já que não caracterizam o tipo contratual (cfr. ainda, para os deveres de protecção, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres...* cit., p. 205 e HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, "Leistungspflichten...", cit., p. 298; para os deveres de consideração, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres..." cit., pp. 273-278). Assim, no caso decidido pelo ac. do BGH, 29.11.1974, V ZR 73/73, em que estava em causa a invocação pela proprietária do prédio confinante dos efeitos protectivos de uma cláusula do contrato de compra-e-venda de terreno para construção em que se estabelecia a altura máxima do prédio a construir, numa encosta, exactamente onde este confinava com outros prédios, o BGH considerou, contra o tribunal a quo, que se estava perante um dever acessório de prestação que poderia, mediante interpretação do contrato em sede de reapreciação da matéria de facto, produzir os ditos efeitos protectivos. Em apreciação deste caso, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 226, em nota, considera que, tratando-se aqui de um dever acessório de prestação com tal sentido de protecção dos interesses dos proprietários dos prédios confinantes, se tratava de um verdadeiro contrato com prestação a terceiro, não sendo necessário enquadrar a questão nos requisitos dos contratos com eficácia de protecção em relação a terceiros.

³⁴⁶ Porém, para além de se criticar esta tomada de uma consequência da classificação como critério da classificação, tanto se reconhece a possibilidade de condenação ao cumprimento *in natura* dos segundos, como se nega tal possibilidade face aos primeiros. Assim, entre a doutrina alemã, antes da SRM, como depois dela, continua a admitir-se a condenação ao cumprimento dos deveres de consideração, *quando o comportamento devido se encontre suficientemente concretizado e haja necessidade de tutela jurídica através da exigência coerciva* (assim, JOACHIM GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis...* cit.; KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 12, admite-a com vista a evitar os danos iminentes, quando o dever em causa impuser uma conduta muito específica e o obrigado se recusar a acatá-la; mais recentemente, FRANZ DORN, "§ 241", cit., pp. 230-231, referindo como exemplo a violação do dever de fidelidade à prestação por recusa definitiva do cumprimento ou aceitação). Face ao ordenamento português, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, cit., pp. 513-514, afirma lapidariamente que não há porque ter tal possibilidade de condenação ao acatamento da conduta como à partida afastada face aos deveres de consideração – que, aliás, no ordenamento português, como no alemão, é alcandorada a modo preferencial de tutela dos direitos. Como subjaz à tomada de posição da doutrina alemã a este respeito, a abertura desta via ou a sua rejeição decorrem, sim, da *necessidade e adequação deste modo de tutela do direito*. Acresce que, embora os deveres de prestação acessórios sejam em princípio judicialmente exigíveis, poderá em concreto não fazer sentido a sua efectivação judicial (JOACHIM GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis...* cit., p. 19, dando o exemplo da compra de bens de consumo quotidianos não devidamente embalados).

aqui, muitas vezes, sentido – tratando-se de condutas contextual e temporalmente situadas, a adotar em função da solicitação das circunstâncias, e que portanto o contrato preveja através de cláusula geral –, nem, não estando em causa um dever de prestar, principal ou deste instrumental, seria de admitir tamanha ingerência, quando o segurador está adequadamente tutelado por outras vias. Nem o sentido quantitativo da tutela fornecida pelo regime do incumprimento parcial *procede directamente* nesta sede³⁴⁷.

Estamos, em qualquer caso, no campo amplo e eclético das violações positivas do contrato³⁴⁸ – *rectius*, à face do CC, cumprimento defeituoso ou imperfeito³⁴⁹ –, que não vem associado a um regime unitário de incumprimento, nem se relaciona uniformemente com os remédios disponíveis para as hipóteses de incumprimento. Ainda que se admita que ao conjunto das situações de cumprimento defeituoso está geralmente associada um direito de indemnização do credor, a possibilidade de recusa da contraprestação e de invocação da excepção de não cumprimento (*exceptio non rite adimplenti contractus*)³⁵⁰, não se desonera o intérprete na determinação *do "se" e da medida em que tais consequências se podem associar a cada uma das hipóteses concretas de cumprimento defeituoso*. Bem se compreende que, tal como noutras sedes, também em relação aos deveres

³⁴⁷ Assim, em geral, para o campo das violações positivas do contrato, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito civil português, II, Direito das obrigações, IV, Cumprimento e não cumprimento, Transmissão, Modificação e extinção, Garantias*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 196; (salientando que a convocação é analógica, mas sem vincar as diferenças entre as hipóteses, porém ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Violação positiva do contrato, Anotação ao ac. do STJ de 31.01.1980", *ROA*, 41, 1981, pp. 123-152, p. 144).

³⁴⁸ Cujá falta de unidade é já de há muito conhecida (HEINRICH STOLL, "Abschied... ", cit., pp. 286, cita ainda nesse sentido Kipp e Zitelmann) e o argumento central para que na já citada proposta, Stoll salientasse ser sistematicamente improcedente o reconhecimento da violação positiva do contrato como um terceiro grupo de situações jurídicas, a par da impossibilidade e da mora e recomendasse à ciência jurídica a sua dispensa (pp. 314 e ss.). O termo violação positiva do crédito ("positive Forderungsverletzung") é usado com sentido idêntico na doutrina alemã, para abarcar as hipóteses de violação de deveres em sede de relações jurídicas de fonte não contratual (KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 367). Na doutrina nacional, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Obrigações IV*, cit., pp. 189 e ss. (mais resumidamente, já em ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Violação...", cit., pp. 139 e ss.).

³⁴⁹ O termo "violação contratual positiva" foi usado na doutrina nacional por MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, Almedina, Coimbra, 1966, pp. 326-327, em referência directa ao escrito de Staub. Enjeitando tal referência tedesca, e referindo a violação destes deveres à categoria legal do cumprimento defeituoso, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão...* cit., especialmente pp. 405-406, em nota. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres...* cit., pp. 188-189; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres..." cit., p. 276-277 e 279. Refere-se ao cumprimento imperfeito FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *Obrigações*, s. ed., Coimbra, 1967, pp. 219-220; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Obrigações IV*, cit., pp. 199 e ss.

³⁵⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Obrigações IV*, cit., pp. 195-197, salientando também a importância dos regimes específicos de cumprimento defeituoso, como o da compra e venda, da doação, da locação, da empreitada,...

ligados ao risco seguro seja recorrente a previsão de regulação específica – é o que ocorre no Direito comparado e também face ao RJCS. Acertado é, pois, não largar da mão *o sentido da regulação especificamente prevista para estas hipóteses*, como parâmetro para aferir da bondade da aplicação do regime geral³⁵¹.

Por último, e tornando às considerações que fizemos acima, como *marco para a determinação do alcance quer dos deveres que vinculem por aplicação directa da lei, quer dos que tenham sede contratual*, há que salientar a sua relação estreita com a *boa fé*, que é em grande medida *a matriz do seu sentido*³⁵². Esta é tanto parâmetro interpretativo das normas legais³⁵³, como da determinação do sentido que as normas contratuais possam colher face ao caso. Este parâmetro depõe a favor de uma maior intensidade dos deveres quanto mais duradoura for a relação contratual em causa e quanto mais pressupuser a colaboração das partes; e poderá ainda impor deveres para além dos previstos. Por outro lado, a boa fé vigia por que os deveres criados (man)tenham o seu sentido, precipitando-se na actuação de um parâmetro de justiça enquanto razão ou relação, atinente ao princípio da proporcionalidade. .

D. Alteração de incentivos e protecção do tráfico jurídico geral: a ordem pública e os bons costumes

Tal como antes, partimos aqui do marco prático-económico atrás firmado, e que assinala *a aptidão do seguro a provocar uma alteração da estrutura de incentivos dos sujeitos ligados ao risco*. A questão a que se impõe agora dar resposta é a de *saber se o ordenamento ordena a eliminação deste enviesamento, por ele atentar contra valores que lhe são fundamentais ou caros*.

A ordem pública e os bons costumes, que a esse propósito analisaremos, são

³⁵¹ Resolvendo a questão do concurso entre a regulação específica e a regulação geral do não cumprimento através do princípio da especialidade (embora de um modo não peremptório), ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Violação...", cit., pp. 145-147.

³⁵² São lapidares as palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Obrigações I*, cit., p. 497, na compreensão dos que aqui designamos por deveres de consideração: estes "têm origem legal imperativa e visam a concretização dos valores básicos do ordenamento, dando-lhes firmeza na periferia do sistema e em cada caso concreto. Subordinam-se a esses valores e não ao específico interesse do credor."

³⁵³ Assim, este parâmetro não pode ser perdido de vista na determinação das violações destes deveres que possam constituir justa causa de resolução – num lugar paralelo, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "Os deveres...", cit., pp. 289-290, sublinha o relevo da compreensão do fundamento dos deveres de consideração previstos no regime do contrato de arrendamento para densificar o que seja a inexigibilidade da manutenção do contrato para efeitos da sua resolução: tal inexigibilidade decorre da desconsideração dos interesses legítimos do locador.

parâmetros que podem valer como norma de validade ou norma de conduta. Tipicamente, em sede contratual, são vistas no prisma de normas de validade: a convenção que dê guarida a condutas contrárias à ordem pública ou bons costumes é desde logo contaminada por essa contrariedade. Logo aqui se vê, porém, que – até por uma questão de recondução da conduta à hipótese normativa – é também à concreta conduta que os parâmetros se dirigem. Assim, a regulação das consequências jurídicas do não acatamento das exigências de conduta ligadas ao risco testemunha, quando estas se possam dizer fundadas na ordem pública ou nos bons costumes, o funcionamento destes parâmetros como normas de conduta. Simplesmente, uma vez que, perante a ordem pública e os bons costumes projectadas num contrato, *estamos exactamente a avaliar condutas com relevo contratual face a parâmetros que não permitem ao contrato a sua livre conformação*, tem aqui relevo decisivo a vertente de *norma de validade*.

Por outro lado, poder-se-á problematizar o relevo autónomo da ordem pública e dos bons costumes como normas de conduta, face às hipóteses em que, não cobrindo o contrato as consequências de certos factos, ainda assim o segurado os comete ou simula, na esperança de que não sejam detectados e possa obter a prestação seguradora. Aqui, fiscalizaremos não o plano da licitude da criação de incentivos para a prática de certas condutas, mas o da licitude das condutas uma vez efectivadas.

a. Ordem pública e bons costumes face ao âmbito da cobertura

Como primeiro ponto de ordem, saliente-se que não está pré-determinado o grau com que tal correcção de incentivos se imponha: não se pode dizer de plano que apenas seja compatível com estes comandos a total remoção de todo o incentivo deslocado pelo contrato. Como foi ilustrado já em sede de análise económica, *a alteração de incentivos provocada pelo contrato pode ser mesmo favorável aos bens jurídicos em causa, ou a outros interesses legítimos* – pense-se, vg., no recurso excessivo a cuidados de saúde potenciado pela celebração de um seguro de saúde; ou na maior disposição para a exposição a riscos associados a um produto inovador, quando a responsabilidade civil que daí resulte esteja coberta³⁵⁴. Esta última nota

³⁵⁴ Estes exemplos pareceriam exprimir uma menor suspeição do ordenamento jurídico em relação aos seguros que acautelam contra um aumento do passivo do que em relação aos que acautelam

aponta para os propósitos económicos servidos pela transferência do risco, que salientaremos em sede de causa-função do contrato de seguro. Com estas considerações deixamos desde logo indiciado que o padrão da actuação como se se não estivesse segurado não é sempre o mais probante.

Como segundo ponto de ordem, sublinhemos que a remoção de tais incentivos na medida do exigido por estes comandos ocorre por via do recorte do risco – sobretudo, por via da sua delimitação secundária; mas logo a delimitação primária do risco coberto pode retratar a não inclusão de manifestações do risco mais propensas a fenómenos de risco moral – pense-se agora na exclusão de lesões voluntárias face ao seguro de acidentes pessoais. Na verdade, do ponto de vista da ordem pública e dos bons costumes, é indiferente o modo como se processe tal remoção da cobertura – se em sede de delimitação primária do risco, se em sede de delimitação secundária por criação de exigências de conduta ligadas ao risco, se nesta sede mas pela previsão de exclusões do risco. Serão já vectores de ponderação diversos, atinentes à densidade da cobertura adquirida, que poderão impor que tal ocorra através de um regime de exigências de conduta ligadas ao risco, sujeitas a determinada regulação padronizada, e não através da fluidez da previsão de exclusões.

Vejamos, pois, em que medida os parâmetros da ordem pública e dos bons costumes se arvoram em vector de sustentação dos regimes de imposição de deveres de conduta que aqui analisamos.

b. A ordem pública e os bons costumes: dificuldades de demarcação

O ordenamento português adoptou, como crivo de validade dos negócios e actos jurídicos, tanto a cláusula geral da ordem pública, como a dos bons costumes (art. 280.º e 295.º do CC). Urge, pois – ao contrário do que acontece no ordenamento jurídico alemão, que se serve para os mesmos efeitos apenas do

contra uma diminuição do activo. Não é generalização que se possa fazer a propósito do dolo – a cobertura da responsabilidade civil em caso de dolo não é menos problemática do que a cobertura de actos dolosos contra elementos do activo, sendo no primeiro caso permitida apenas em conjugação com o direito de regresso previsto. Tal observação é geralmente feita a propósito do ordenamento jurídico alemão (HORST BAUMANN, "§ 81", cit., p. 258), onde se refere ao facto de a cobertura de factos grosseiramente negligentes estar, ao contrário do que é regra geral, incluída em sede de seguros de responsabilidade e de seguros de pessoas. No ordenamento nacional, onde a causação grosseiramente negligente está geralmente coberta, a questão não se coloca nos mesmos termos, podendo uma generalização revelar-se apressada.

operador dos bons costumes (§ 138 BGB) e à semelhança do que ocorre, vg., no francês (art. 6.º do Code)³⁵⁵ e no italiano –, delimitar reciprocamente os dois parâmetros. Estamos, novamente, tal como em relação à boa fé, perante operadores jurídicos que se nos apresentam com um conteúdo material apenas concretizável por referência ao caso decidendo – e cuja concretização é um caminho privilegiado de desenvolvimento do sistema jurídico³⁵⁶. Perante o sistema jurídico nacional, será possivelmente ainda mais marcada a abertura dos parâmetros que agora nos prendem do que daqueloutro da boa fé – que, como omnipresente padrão de justiça das relações especiais, tem visto o seu conteúdo ser objecto de um mais consistente labor de explicitação e sistematização doutrinal.

O parâmetro da ordem pública, de influência francesa, configura a sùmula dos princípios injuntivos basilares de um ordenamento jurídico historicamente situado, sobre os quais "se [alicerça] a ordem económico-social"³⁵⁷, transcendendo o conjunto das normas imperativas, embora nestas possa assomar. Nessa medida, a noção em causa aproxima-se mais da noção de ordem pública internacional do que é uso considerar na doutrina internacional-privatística³⁵⁸. A ordem pública internacional vem compreendida como o conjunto dos princípios, interesses ou

³⁵⁵ Embora neste último o protagonismo vá indiscutivelmente para o parâmetro da ordem pública – não só por ter sido a sede da elaboração doutrinal que lhe deu grande projecção, desde logo internacional privatística, mas por tal parâmetro, no legalismo que rodeou a aplicação inicial do *Code*, se casar melhor com a concepção do sistema jurídico, já que valia apenas como metonímia para o conjunto das disposições legais que a si próprias se qualificassem como de ordem pública (FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMMLER/YVES LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, disponível em <https://itunes.apple.com/fr/book/droit-civil.-les-obligations/id725628985?mt=11> (consultado pela última vez a 01.06.2015), nm. 375).

³⁵⁶ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão...* cit., pp. 306-307; FERNANDO JOSÉ PINTO BRONZE, *Lições de introdução ao Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, , pp. 420-421. Que o conteúdo desses operadores – sobretudo, dos bons costumes e da boa fé – é especialmente permeável à dimensão prática do jurídico, sendo inegavelmente pautado por elementos provindos da realidade jurídica (cultural, social ou económica), é ponto que não se pode perder de vista, permitindo também compreender a importância da experimentação prática destes parâmetros para que o seu conteúdo acompanhe a evolução de tal realidade (FERNANDO JOSÉ PINTO BRONZE, *A metodonomia entre a semelhança e a diferença, (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do sistema jurídico)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pp. 158-159); de resto, sem o mergulho prático em que se concretizam, não integram verdadeiramente o sistema do Direito vigente, correndo então o risco, de não passar de fórmulas vazias (KARL LARENZ, *Richtiges Recht*, C. H. Beck, Munique, 1979, pp. 27-28 e 85-87).

³⁵⁷ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 254.

³⁵⁸ Veja-se, para essa assimilação da ordem pública interna ao conjunto das normas imperativas do foro, por exemplo, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito internacional privado, I*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 405 ; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito internacional privado, Sumários*, Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1987, p. 183, e RUI MANUEL MOURA RAMOS, "L'ordre publique international en Droit portugais", *BFDUC*, 74, 1998, pp. 45-62, p. 48.

normas que, por serem verdadeiramente fundamentais ao ordenamento do foro, vigiam o resultado da aplicação de norma estrangeira. No entanto, porque a *lex fori* não é competente para a resolução da causa, a lei competente apenas deverá ser afastada quando a sua aplicação determinar um *resultado intolerável* face a um princípio doméstico *genuinamente essencial*³⁵⁹. Donde a ordem pública internacional corresponde na verdade ao cerne da ordem pública *tout court*³⁶⁰.

Menos estrita, a ordem pública *tout court* não deixa de ser um parâmetro de intervenção subsidiária – uma válvula de segurança do ordenamento, "*reserva do método jurídico, uma ultima ratio no processo de realização do Direito*"³⁶¹. Mantém-se, pois, necessariamente avessa a um fechamento conceptual; definida pela sua função, esta *obstará a uma regulação de interesses essencialmente divergente da consagrada em normas imperativas inspiradas por interesses gerais da comunidade*³⁶² – é este o caso quando a regulação contratual ponha em causa uma liberdade pessoal ou económica fundamental³⁶³.

Este recorte, se sublinha devidamente a subsidiariedade do parâmetro, não deixa de apontar para um círculo de intervenções mais estreito do que aquele que é

³⁵⁹ RUI MANUEL MOURA RAMOS, "L'ordre...", cit., pp. 46-47 e ainda p. 54.

³⁶⁰ JORGE MORAIS CARVALHO, "A ordem pública como limite à autonomia privada", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos europeus, Direito privado, Direito público e varia, Volume III*, EDUARDO PAZ FERREIRA/HELENO TAVEIRA TORRES/CLOTILDE CELORICO PALMA (coord.), Almedina, Coimbra, 2013, pp. 351-378, pp. 375-376; cfr. ainda ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito...* cit., p. 183 e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado, Volume I, Introdução e Direito de conflitos, Parte geral*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 588 Deve porém referir-se que, sob o manto da ordem pública internacional, vemos referências da doutrina internacional privatística ao controlo do resultado da aplicação do direito estrangeiro através da cláusula dos bons costumes (cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...* cit., pp. 261-262, citando Ferrer Correia, bem como as referências em ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação necessária imediata no Direito internacional privado, Esboço de uma teoria geral, II Volume*, Almedina, Coimbra, 1991, p. 705, ao pensamento de Mancini, no âmbito da compreensão apriorística que o autor italiano tem da ordem pública internacional). Tal testemunha a proximidade entre os dois padrões, na medida em que ambos colhem valorações directamente do centro da ordem jurídica.

³⁶¹ Respectivamente, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "A ordem pública no domínio dos contratos", in *Ars iudicandi, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Volume II: Direito Privado*, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/JOSÉ DE FARIA COSTA (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 255-268, p. 260 (ver ainda as pp. anteriores) e JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...* cit., p. 259, afirmando impressivamente que não se trata "de um valor jurídico entre muitos outros, mas [...] do lugar geométrico de todos os valores jurídicos" (ver ainda as pp. seguintes) – descrição que quadra, porém, com a noção de ordem pública internacional, e não, até pelo que dizemos de seguida em texto, com a de ordem pública interna.

³⁶² Adaptamos aqui as considerações tecidas por JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...* cit., p. 261; cfr. ainda, quanto à abertura do conceito, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições ...* cit., p. 410.

³⁶³ JEAN CARBONNIER, *Cours de Droit civil*, Union Nationale des Étudiants de France, Association Corporative des Étudiants en Droit, Paris, 1956-1957, p. 57, falando de uma ordem pública de protecção das liberdades fundamentais; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito civil português, I, Parte geral, Tomo I, Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 711.

na verdade o seu. A verdade, porém, é que conhece um relevo prático consideravelmente extenso, acompanhando a expansão das funções da imperatividade legal, retratando, mais do que uma *feição clássica do parâmetro*, atinente à conservação das esferas pessoais e patrimoniais, uma sua *feição económica e dinâmica*³⁶⁴. Trata-se aqui tanto da dita *ordem pública de direcção* – atinente à orientação da actividade económica, que hoje em dia vai sobretudo no sentido da protecção do mercado através de regras de concorrência –, como da *ordem pública de protecção* – atinente à protecção da parte mais fraca na relação contratual³⁶⁵. Esta última frente – de que é característica a técnica da semi-imperatividade legal – manifesta-se com grande relevo no Direito do consumo, no Direito do trabalho, e, para o que aqui nos interessa, no Direito dos seguros que recorta a tutela particular dos seguros de massa.

Acompanhando o devir do sistema jurídico, a ordem pública requer ainda o pólo problemático do caso concreto para que adquira sentido. Funciona, pois, exemplarmente como mediador entre sistema e problema. Assim, entende-se como metodologicamente correcto que o parâmetro da ordem pública não possa ser invocado em si, sem mais, mas antes requeira a co-invocação do princípio fundamental da ordem jurídica cujas exigências se vêem postas em causa; por outro lado, a sua mobilização exige mais do que o apuramento de uma antinomia em relação a uma cláusula contratual: apenas a análise cabal das circunstâncias e efeitos do contrato permite uma conclusão pela concordância ou antinomia da regulação concreta face à ordem pública³⁶⁶.

Por sua vez, os bons costumes foram tradicionalmente associados à moral – a que o Código de Seabra, referindo-se à moral pública (art. 671.º, n.º 4), na linha da formulação napoleónica, fazia directa menção, antes de o actual Código Civil ter

³⁶⁴ Simplesmente fazendo corresponder o espectro da imperatividade legal ao espectro da ordem pública, JEAN CARBONNIER, *Cours...* cit., p. 56. Quanto ao que dizemos em texto, FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMMLER/YVES LEQUETTE, *Obligations*, cit., nm. 376; PIETRO TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, Giuffrè, Milão, 2011, pp. 202-203, falando de uma ordem pública política e de uma ordem pública familiar.

³⁶⁵ FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMMLER/YVES LEQUETTE, *Obligations*, cit., nm. 382-385; PIETRO TRIMARCHI, *Istituzioni...* cit., pp. 203-206.

³⁶⁶ Acompanhamos aqui de perto JORGE MORAIS CARVALHO, "A ordem pública...", cit., pp. 369-374, que considera que se deve atender, nomeadamente, ao contexto da celebração do contrato e aos seus efeitos em relação às partes e a terceiros. Cfr. ainda, por exemplo, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições ...* cit., p. 410, e FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA/MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Código Civil Anotado, Volume I...* cit., p. 251.

adoptado a formulação germânica dos bons costumes. Depurados de uma função de acolhimento em bloco da moral social dominante – que seria, desde logo, face ao sentido da juridicidade, impertinente –, o parâmetro continua a servir de *porta de ingresso no sistema jurídico de conteúdos que, advindos de normas de conduta extrajurídicas, reflectem contudo a intencionalidade jurídica*. Tal ocorre, porém, apenas em relação a âmbitos delimitados, face a específicos conjuntos normativos extrajurídicos, "a que o Direito civil empresta um conteúdo jurídico mas que, por razões de circumspecta tradição, nunca refere de modo expresso"³⁶⁷. A concretização do seu conteúdo em sede de doutrina geral do negócio jurídico³⁶⁸ tem-se espalhado sobretudo em duas frentes: de um lado, no sentido do acolhimento de valorações da moral sexual e familiar dominante³⁶⁹; mais recentemente, no sentido do acolhimento dos Códigos deontológicos aprovados pelas associações profissionais³⁷⁰.

O recorte recíproco destas duas cláusulas gerais faz-se, pois, pela banda das valorações em causa: a ordem pública assenta na elaboração principiológica das

³⁶⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado..., Parte geral, Tomo I...*, 2005, cit., p. 708. Este carácter marcado por uma pré-juridicidade está também presente no juízo de MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "A ordem pública...", cit., p. 261, que recorta os bons costumes como "um padrão "mínimo" de conduta reclamado dos membros da comunidade jurídica que guarda uma relação mais estreita com ditames da moral individual geral.

³⁶⁸ A sua concretização noutras frentes não está necessariamente alinhada com o que ocorre nesta, podendo levar a "resultados não simétricos" (assim, JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...* cit., pp. 550-551). Assim, em sede de consentimento justificativo da ilicitude das ofensas a integridade física, o objecto do juízo de concordância com os bons costumes é a própria lesão da integridade física de cuja justificação se cura, e não a finalidade do consentimento (MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Art. 149.º (Consentimento)", in *Comentário conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 276-301, pp. 290-292: o facto de o doador de sangue consentir em tal para angariar dinheiro para fins imorais não invalida o consentimento) – pois que se trata então de ajuizar da ilicitude do facto típico, e não, como se trata em texto, de aferir da compatibilidade de um negócio jurídico com a cláusula geral em apreço.

³⁶⁹ Tiveram considerável importância histórica na explicitação desta vertente da cláusula geral – ou de uma das vertentes da ilicitude da causa do contrato, nos ordenamentos francês e espanhol – os casos de doações ou deixas testamentárias a sujeito com quem o disponente tivesse mantido relação extra-conjugal (cfr. o nosso art. 2196.º do CC). Dá conta dessa jurisprudência, bem como da respectiva actual inflexão, FILIPPO RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, Springer, Viena/Nova Iorque, 2009, pp. 1175-1176. Outra sede tradicional de invocação do parâmetro é a dos contratos de prostituição – cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 315, em nota.

³⁷⁰ JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...* cit., por exemplo, p. 559; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado..., Parte geral, Tomo I...*, 2005, cit., p. 709. Fazem apelo à honorabilidade ou a outras qualidades pessoais básicas dos sujeitos". Na França, dado o papel cimeiro aí desempenhado pelo parâmetro da ordem pública, é nele que se funda a tomada em consideração de tais regras – FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMMLER/YVES LEQUETTE, *Obligations*, cit., nm. 381; os autores reportam-se também (nm. 388) aos "bonnes moeurs économiques", atinentes a uma "moral dos negócios". Os exemplos que dão de convenções desta violadoras – contratos de corrupção ou de tráfico de influências – são antes de nulidade por violação de norma (penal) imperativa.

normas imperativas vigentes, ao passo que os bons costumes assentam no reconhecimento de um sentido jurídico a complexos normativos extrajurídicos³⁷¹. Os dois parâmetros não deixam, porém, de confluir, sendo tal especialmente notório em matéria de direitos de personalidade. Com efeito, embora a ordem pública seja o parâmetro eleito pela ordem jurídica para fiscalizar negócios jurídicos de restrição de direitos de personalidade (art. 81.º do CC), não deixam de valer os limites gerais à licitude do negócio jurídico – entre eles, o dos bons costumes (art. 280.º); e, de resto, é ao parâmetro dos bons costumes que o art. 340.º subordina a licitude do consentimento meramente tolerante³⁷². A cumulação dos dois juízos em matéria de um mesmo acto de disposição de direitos de personalidade não é, pois, rara³⁷³.

Como começámos por assinalar, o que ocorre com a contratação do seguro é uma deslocação dos incentivos dos sujeitos ligados ao risco, na medida em que colham benefícios da cobertura. Ora, tal deslocação de incentivos *poderá levar os sujeitos a ter condutas levianas ou oportunistas face ao accionamento do contrato*. Cumpre aqui separar águas: ou o accionamento do contrato corresponde a fazer perigar ou mesmo a lesar um bem jurídico, pessoal ou patrimonial, ou, como ocorre *face aos seguros de despesas*, corresponde ao accionamento de um determinado serviço que implicaria uma despesa, *sem que tenha que estar do mesmo passo implicada a pioria da situação de um bem jurídico*.

Neste último caso, o sobre-aproveitamento da cobertura poderá mesmo traduzir-se no avantajamento de um bem jurídico – lembremos o exemplo do recurso aumentado a cuidados de saúde por parte do segurado. Ou, estando em causa a pioria da situação do bem jurídico, *não estar em todo o caso em causa um*

³⁷¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte geral, Tomo I..., 2005, cit., p. 708, considerando que a lei portuguesa fornece assim à dogmática melhores instrumentos de repartição de todo o conteúdo que no ordenamento alemão é retirado da cláusula dos bons costumes.

³⁷² RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral...* cit., pp. 407-408; quanto ao consentimento tolerante, pp. 411-412, considerando o autor que se trata aqui de um simples acto jurídico unilateral, integrativo da exclusão da ilicitude – e não constitutivo de um direito de agressão – e não de um negócio jurídico; a tal acto não deixam contudo de se aplicar as disposições aplicáveis aos negócios jurídicos (art. 295.º CC).

³⁷³ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral...* cit., p. 226, considerando nulos simultaneamente por contrariedade aos bons costumes e à ordem pública os contratos pelos quais a mãe de substituição se vincule a ser inseminada ou fertilizada, levar a gravidez até seu termo e renunciar a final à maternidade. No ordenamento jurídico italiano, PIETRO TRIMARCHI, *Istituzioni...* cit., p. 207, assinala também esta confluência – que diz ocorrer ainda cumulativamente com a violação, pelo negócio, de norma imperativa. Claro está que, havendo violação directa de norma imperativa, será desnecessária a mais melindrosa fundação de uma violação da ordem pública ou dos bons costumes.

atentado merecedor de uma censura jurídica relevante e haver outros interesses dignos de tutela servidos pela cobertura – com o que tornamos aos exemplos dos seguros que alargam a disponibilidade dos empresários para se exporem a riscos, cobrindo, vg., a sua responsabilidade civil pelo produto, ou danos causados nas instalações pelos processos produtivos. Ora, o desvio dos incentivos do sujeito ligado ao risco apenas se perfila como *potencialmente colidente com os parâmetros da ordem pública ou dos bons costumes quando colocar em pior situação um bem jurídico a que se reporta o contrato*. Tal colisão é *meramente potencial, havendo, como vimos de dizer, que atentar nas demais circunstâncias presentes*: o facto de se servir outros interesses dignos de tutela, bem com o não incidir uma *censura ético-jurídica relevante sobre a conduta*.

De entre estes dois parâmetros, *tem antes de mais grande relevo potencial o da ordem pública*. Na verdade, a colocação em risco de bens pessoais ou patrimoniais tem antes de mais um relevo que lhe deflui do cerne do ordenamento jurídico – e não de constelações extra-jurídicas – na medida em que protege estes mesmos bens, por normas constitucionais, criminais e privatísticas³⁷⁴. Mas poderá na hipótese incidir também o parâmetro dos bons costumes³⁷⁵. Vejamos.

São várias as erupções específicas, no regime do contrato de seguro, de preocupações de correcção de incentivos de atentado contra bens jurídicos. Estas atravessam desde logo o art. 14.º do mesmo diploma, atinente aos riscos cuja cobertura é proibida – e que correspondem, em traços largos, à cobertura do risco de responsabilidade criminal, contra-ordenacional ou disciplinar do segurado (art. 14.º, n.º 1, als. a) e c))³⁷⁶ ou do risco da prática de crimes contra o segurado, em termos

³⁷⁴ Se tivermos em conta que as potencialidades da interpretação teleológica das normas constitucionais, e que a Constituição Portuguesa, a par da regulação do exercício da soberania, garante um vasto conjunto de direitos fundamentais, mesmo fora do catálogo (vg, garantia do respeito pela propriedade privada, nos termos dos arts. 62.º, 80.º, 82.º e 83.º) e atentarmos ainda na plasticidade dos conceitos indeterminados de que a norma fundamental se socorre – dignidade da pessoa humana, livre desenvolvimento da personalidade,... – poucas vezes encontraremos um princípio de ordem pública que não ecoe num preceito constitucional. Não cabe no objecto do presente estudo pronunciarmo-nos sobre a existência de um tal respaldo constitucional para todos os casos de intervenção da ordem pública; neste sentido veja-se, porém, com argumentação muito similar à que expendemos, JORGE MORAIS CARVALHO, "A ordem pública...", cit., pp. 372-373; contra, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "A ordem pública...", cit., pp. 257-258.

³⁷⁵ ANTIGONO DONATI, *Trattato...II*, cit., pp. 139-141, convoca o apelo tanto à ordem pública, como à moral, para enquadrar as hipóteses de causação dolosa do sinistro. Entre nós, o pensamento do autor italiano influenciou em grande medida o de JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato de seguro no direito português e comparado*, Livraria Sá da Costa Lisboa, 1971, pp. 101-104, que faz assentar a exclusão da cobertura em caso de causação dolosa exactamente em razões de ordem pública e moralidade.

³⁷⁶ A mobilização do parâmetro da ordem pública para o controlo do clausulado segurador tem tido

uma expressiva manifestação na jurisprudência superior, que concordantemente tem considerado *contrária à ordem pública a cobertura de danos próprios causados por condução sob o efeito de álcool em contravenção a normas penais ou contra-ordenacionais* – cfr. o ac. do STJ de 15 de Janeiro de 2008, Processo n.º 07A4318, o ac. do STJ de 8 de Janeiro de 2009, Processo n.º 08B3722, e o ac. do TRP de 19 de Dezembro de 2012, Processo n.º 1376/10.7TBPFR.P1. A argumentação do ac. de 2008 é, desde o início, pouco probante, já que se esgrime com a proibição do risco atinente responsabilidade criminal, plasmada no art. 192.º, n.º 3, a), do RGAS, corporizando a tutela do princípio da ordem pública. De resto, similarmente se recorta a argumentação expandida pelo TRP. Ora, perante a cobertura de *danos próprios, não está em causa um risco atinente a responsabilidade criminal*, mas o risco de um dano – eventualmente accidental – *na própria esfera, por mais que ele emirja do facto de que adviria responsabilidade criminal*. Este equívoco é já evitado pelo ac. de 2009, que considera que pactuar a cobertura dos danos próprios do condutor quando este circula com taxa de alcoolémia superior à permitida por lei seria contrário à ordem pública, com refracção nos arts. 192.º RGAS e 280.º do CC, contrariando o interesse público, de garantia do próprio e de terceiros, que a taxa de alcoolémia serve. Vejamos.

Sublinhemos que, estando em causa *danos próprios*, não se trata aqui da cobertura do risco de incorrer em responsabilidade criminal ou contra-ordenacional: *não se trata de transferir para terceiro as consequências de qualquer destas responsabilidades, atinentes ao pagamento de multas ou coimas* (o que poria, sim, em causa a natureza pessoalíssima do ilícito penal e o cumprimento das respectivas finalidades de prevenção geral positiva – JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal, Parte geral, I, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 78 e ss.; JOÃO DE MATOS VIANA, "Seguros proibidos", in *Temas de Direito dos seguros, A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, MARGARIDA LIMA REGO (coord.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 117-129, pp. 119-120). Não se pode, pois, a este respeito, nem mobilizar directamente o art. 192.º, n.º 3, a), do RGAS, nem o art. 14.º, n.º 1, a), do RJCS. Pelos mesmos motivos, não se pode dizer que a cobertura daqueles danos próprios poria em causa o princípio da unidade do ilícito. A cobertura, através de seguro, dos danos ocorridos na sequência da violação da norma não torna lícita a conduta – assim, a cobertura da responsabilidade civil conexas com a penal não torna a conduta penalmente lícita (art. 14.º, n.º 2, do RJCS); e a cobertura de danos próprios em situações que gerem responsabilidade civil não apaga a ilicitude civil (é, aliás, no contexto da condução de veículos com eventual causação ilícita de danos a terceiro e ocorrência também de danos próprios que se situa uma aplicação com grande interesse prático do seguro de acidentes pessoais, ou do seguro de danos próprios no veículo). A solução da questão não tem, pois, arrimo directo em normas legais pré-disponíveis, exigindo do intérprete um maior esforço argumentativo. Trata-se de saber se o incentivo, gerado pela cobertura destes danos, de atentado contra bens juridicamente protegidos e normas preceptivas do sistema, deve ser ou não considerado contrário à ordem pública. Neste juízo, dada a abertura do parâmetro da ordem pública, têm grande importância critérios disponíveis no sistema, que apontem a via de resolução do conflito de valores e interesses. Temos, pois, de um lado que nos haver com o facto de a cobertura destes danos vir efectivamente diminuir o efeito dissuasor da norma penal ou contra-ordenacional, já que parte dos efeitos da conduta ilícita – os que afectam directamente a esfera pessoal ou patrimonial do agente – não seriam afinal sofridos na sua inteireza por este. Esse juízo de criação de um risco para bens jurídicos penais ou contra-ordenacionais não esgota, porém, a ponderação. Com efeito, por outro lado, teremos que ter em mente que o ordenamento penal não assenta em finalidades punitivas ou de prevenção negativa, que visassem impor ao agente a maior penalização possível na sequência da prevaricação – e menos ainda o faz o contra-ordenacional. O ordenamento jurídico não nega, nomeadamente, a prestação de cuidados de saúde ao criminoso que se tenha ferido na prática do ilícito; nem nega aos beneficiários prestações sociais a que estes possam ter direito na sequência da morte do agente, ainda que derivada do facto criminoso. Poder-se-ia invocar a este respeito a admissibilidade dos seguros de protecção jurídica, aptos a cobrir gastos atinentes à defesa em processo penal: também aqui se trata da cobertura de desvantagens patrimoniais causadas pelo facto ilícito, que não se reconduzem à própria sanção prevista para ele (JOÃO DE MATOS VIANA, "Seguros...", cit., pp. 121-122, limitando exactamente a licitude da transferência do risco às despesas processuais que não tenham carácter sancionatório). Tal não é, porém, analogia segura, dada a incidência nesta sede do princípio da presunção de inocência – no lapso temporal em que intervêm as despesas em causa, até à condenação definitiva, não se poderia falar de uma efectiva responsabilidade criminal ou contra-ordenacional. Outra indicação normativa, à partida de mobilização mais pertinente, seria a da permissão expressa da cobertura da responsabilidade civil conexas com a penal (art. 14.º, n.º 2) – desfibra-se aqui expressamente as várias consequências do facto ilícito, separando entre as que merecem e as que não

de permitirem o agente beneficiar da cobertura (art. 14.º, n.º 1, als. b) e d)). O carácter primacial dos interesses tutelados pelo art. 14.º é, aliás, sublinhado pelo art. 9.º, n.º 4, que determina a invalidade em Portugal de um contrato de seguro sujeito a lei estrangeira que cubra estes riscos³⁷⁷. Manifestam-se ainda na imposição de que o segurado tenha um interesse relativamente ao bem – pessoal ou patrimonial – exposto ao risco (art. 43.º), bem como nas normas que tutelam o princípio indemnizatório (arts. 128.º a 136.º). E inervam ainda os regimes aqui analisados, que visam exactamente retirar consequências da não adopção pelos sujeitos ligados ao risco de uma conduta zelosa face a este – o regime da causação dolosa do sinistro (arts. 46.º, 141.º, 191.º a 193.º e 211.º) e do salvamento (art. 126.º) –, bem como manter o segurador informado sobre as vicissitudes do risco (91.º, 93.º, 94.º) e as circunstâncias da sua materialização em sinistro (100.º e 101.º), que lhe possibilitam tirar consequências daqueles desvios. Por último, e já para lá deste diploma, a cláusula de ordem pública ecoa na tipificação do crime de burla de seguros.

Ora, em todos estes casos, a referência vem patentear as reservas da *ordem*

merecem um juízo de proibição de cobertura. Porém, não será alheio a tal o facto de, não se prevendo essa distinção, se prejudicar a posição da vítima-lesado, cujos bens jurídicos são os directamente tutelados pelo escopo de protecção da norma penal, e que suportaria afinal o risco de insolvência do perpetrador. Claro está que, do lado do segurado-agente, pode também estar em causa a tutela de interesses de terceiros, como os beneficiários de um seguro de acidentes pessoais subscrito pelo segurado; não são estes, interesses porém, aqueles a que a norma penal quer dar tutela. Tudo somado, parece ser de sopesar com os interesses do lado do segurado o grau de incentivo a atentados contra bens jurídicos que se cria com a cobertura, e a dignidade desses bens. Um juízo de contrariedade à ordem pública teria, pois que se fundar aqui nessa conclusão – o que implicaria, desde logo, rebater o argumento de que, perante as normas que tipificam a condução com certa taxa de alcoolémia, não se está perante ilícitos penais ou contraordenacionais de dano ou de perigo concreto, *mas sim de perigo abstracto, estando fora do tipo a efectiva criação de um risco de dano para os bens jurídicos de terceiros*.

³⁷⁷ Apesar da protecção de interesses de ordem pública, não estamos aqui perante o funcionamento da cláusula de salvaguarda da ordem pública internacional, patente no art. 22.º do Cód. Civil – na verdade, a norma do RJCS não se limita a afastar a aplicação do direito estrangeiro contrário aos preceitos em causa; mais do que isso, contem a regulação de direito material dessa situação, determinando a invalidade dos contratos. Por estes motivos, NUNO ANDRADE PISSARRA, "Direito aplicável", in *Temas de Direito dos seguros, A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, MARGARIDA LIMA REGO (coord.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 65-102, p. 99, classifica-a como uma norma material especial de Direito internacional privado, já que se aplica "só a situações internacionais e determina directamente a nulidade do contrato que cubra os riscos referidos no art. 14.º". Diferentemente, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Sobre a lei aplicável ao contrato de seguro perante o Regulamento Roma I", in *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, Volume II*, JORGE MIRANDA/J. J. GOMES CANOTILHO/JOSÉ DE SOUSA E BRITO/MARGARIDA LIMA REGO/PEDRO MÚRIAS (coord.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 681-702, p. 701, embora classifique especificamente o art. 14.º do RJCS, considerando-o uma cláusula especial de ordem pública internacional e ainda uma norma de aplicação imediata, não é já totalmente claro face ao art. 9.º, n.º 4. Porém, ao considerar que é desta última norma que advém o carácter de norma de aplicação imediata ao art. 14.º, parece qualificá-la como norma unilateral *ad hoc*, que dota a norma proibitiva do art. 14.º de carácter espacialmente autolimitado (não muito se distanciando, como tal, do que defendia face ao art. 192.º, n.º 1, do RGAS, em LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito... cit.*, p. 592).

jurídica face ao aumento do risco de atentado colocado a certos bens jurídicos que a cobertura tenderia a determinar. Isto é assim com exclusão de qualquer convenção em contrário face à proibição da cobertura de certos riscos, bem como à exigência de um interesse seguro (arts. 12.º, n.º 1, 14.º, e 43.º)³⁷⁸. Nos demais casos referidos, a lei tomaria, *prima facie*, as disposições como relativamente imperativas (arts. 46.º, 91.º, 93.º, 94.º, 126.º, 132.º, 133.º) ou mesmo supletivas. Teríamos, pois, para a generalidade das hipóteses, a manifestação de uma mera ordem pública de protecção – que não seria desrespeitada se contrato previsse, vg., a cobertura de atentados intencionais contra bens segurados. É uma posição inaceitável; como tem vindo a ser assinalado, nesta tomada de posição formal o RJCS não recobriu toda a superfície da imperatividade dos seus preceitos – em sede de resposta ao risco moral, questões idênticas se colocam face à aparente supletividade do art. 131.º, que levaria a uma intolerável falta de relação entre o valor do dano e o da prestação³⁷⁹.

³⁷⁸ Similarmente, JORGE MORAIS CARVALHO, "A ordem pública...", cit., pp. 367-368, analisando a citada jurisprudência do STJ, considera que a violação da ordem pública por cobertura da responsabilidade criminal adviria da potenciação da prática de actos que revestem especial censurabilidade, sendo por isso objecto de normas de incriminação.

³⁷⁹ Assim, ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, "Anotação ao art. 131.º", in *LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 445-449, p. 446, que considera que ao preceito subjaz a protecção da ordem pública face aos problemas causados pelo risco moral: o limite colocado pelo preceito garante "o fim último do princípio indemnizatório – a prevenção do enriquecimento do segurado com o sinistro, logo, dos sinistros fraudulentos, logo, da desordenação social". Tem, na verdade, interesse estabelecer aqui algum paralelo com a fundamentação do princípio indemnizatório. Aqui, a doutrina alemã tende a reconduzir o princípio à prevenção do risco moral do segurado, tendo em atenção a lesão do interesse do segurador – ou do interesse da *Gefahrgemeinschaft*, paralelo ao dele (HELMUT KOLLHOSSER, "Bereicherungsverbot, Neuwertversicherung, Entwertungsgrenzen und Wiederherstellungsklauseln", *VersR*, 13, 1997, pp. 521-525, p. 524, secundado por GERRIT WINTER, "Die Verabschiedung des allgemeinen Bereicherungsverbots", in *Versicherung, Recht und Schaden, FS für Johannes Wälder zum 75. Geburtstag*, C. H. Beck, Munique, 2009, pp. 103-120, p. 107). Assim, equacionam a questão à luz da suficiência ou falta dela da autonomia privada para dar resposta à questão. Ora, e uma vez que a autonomia privada do segurador não sofreria constrangimentos relevantes nesta sede – é ele afinal quem modela a apólice –, não haveria porque nela intervir normativamente (GERRIT WINTER, "Die Verabschiedung...", cit., p. 107). A tutela de interesses gerais não é descortinada nesta sede, mas sim relegada para a sede das normas, de Direito dos seguros e penalísticas, sobre causação do sinistro pelo segurado. Diferentemente, PABLO GIRGADO PERANDONES, "La evolución histórica y la realidad actual del principio indemnizatorio", *RDM*, 251, 2004, pp. 139-198, pp. 167 e 176 e ss., e PABLO GIRGADO PERANDONES, *El principio indemnizatorio en los seguros de daños, Una aproximación a su significado*, Editorial Comares, Granada, 2005, pp. 178-181 e 208 e ss, na linha da doutrina italiana (Partesotti) convoca o critério da ordem pública, considerando que deste advém um limite à autonomia privada das partes na modelação da prestação do segurador. Nessa linha doutrinária, o autor considera que não se proscreve o mero enriquecimento do segurado, mas apenas o que possa trazer perturbação à ordem pública: o que adviria da desvirtuação do carácter aleatório do contrato e da sua função de cobertura de um dano provocado num interesse. Como se dirá adiante, o autor não parece, porém, conseguir descolar afinal do plano da autonomia privada – o fundamento último reconhecido pelo autor ao limite em causa acaba por ser a garantia do equilíbrio entre as prestações. Perante esta, tudo estará, pois, em que o segurado pague prémios elevados o bastante, para que não haja um empobrecimento sem causa do segurador.

O intérprete encontra-se, pois, onerado com a fundamentação do carácter cogente – e sua extensão – das disposições. É esse exercício que procuraremos operar em relação aos preceitos consagradores das bitolas de conduta que analisamos.

Para estes efeitos, cumpre separar. A criação de *incentivos directos ao atentado contra bens jurídicos* – pessoais e patrimoniais – *de terceiros será à partida ferida de contrariedade face à ordem pública*. Isto mesmo decorre da proibição da cobertura de responsabilidade criminal, contra-ordenacional e disciplinar, bem como da inscrição do direito de regresso no regime do seguro de responsabilidade civil que cubra factos dolosos. Assim, estaria inequivocamente ferido de tal contrariedade o seguro que cobrisse o homicídio doloso da pessoa segura pelo beneficiário; e também o estaria o seguro que cobrisse a produção dolosa de danos num bem sobre o qual incidissem também direitos de terceiro.

Quando se trate de *tutelar a posição de terceiros*, é baixa a tolerância da ordem jurídica face à criação de incentivos por contrato. Esta orientação é vincada no tocante ao seguro de incêndios. Na verdade, no caso do seguro de incêndios, poderemos estar perante *bens sobre os quais apenas incidem direitos do segurado*; no entanto, trata-se também de dar resposta aos riscos de conflagração do fogo a bens de terceiros, com cuja potenciação a ordem jurídica não pode compactuar. Assim, entende-se que a cobertura de incêndios dolosamente causados não mereceria acolhimento pelo ordenamento; já a cobertura nos casos de causação grosseiramente negligente não é arredada de plano, sendo sopesada com o interesse legítimo do segurado em obter cobertura³⁸⁰. Claro está que o incentivo ao dano de bens de terceiro seria também contrário aos bons costumes; porém, num ordenamento que conta com os dois operadores, melhor faremos, como começámos por prevenir, se ativermos o critério a um espaço dogmático próprio, onde o peso decisivo esteja no reconhecimento de juridicidade a ordenamentos extra-

³⁸⁰ RALF JOHANNSEN/KATHARINA JOHANNSEN, "H. Rechtspflichten des Feuerversicherers", in *Bruck/Möller Kommentar, III, Feuerversicherung*, HANS MÖLLER/KARL SIEG/RALF JOHANNSEN (coord.), De Gruyter Recht, Berlim, 2002, pp. 497-810, p. 586, considerando que à partida os interesses não só na contenção do valor dos prémios do seguro, como também na prevenção da criação de riscos para outros bens jurídicos, militariam a favor da exclusão de plano da cobertura da negligência grosseira; os autores não se opõem já, *de iure condendo*, a um sistema de quotas de culpa para essas hipóteses, como o que viria a ser consagrado na nova VVG. Também CLAUS-WILHELM CANARIS, "Vertstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadenersatzrecht", *JZ*, 21, 1987, pp. 993-1004, como veremos abaixo em nota, admitia esta última solução face ao seguro de incêndios, dando palco à tutela da situação económica do segurado ameaçado de ruína económica.

jurídicos³⁸¹.

Diferentes são as considerações a tecer quando o enviesamento da conduta apenas possa ser apto a *causar lesões em bens próprios*. Este é notoriamente o caso quando estejam em causa bens da personalidade do próprio (pessoa segura)segurado. Note-se que os atentados contra os bens da própria personalidade são uma constante na vida humana, exprimindo *escolhas atinentes ao estilo de vida* – vg., ser fumador, praticar determinada dieta ou determinado desporto, ser pelo contrário completamente sedentário, trabalhar um grande número de horas por dia, usar regularmente de privação de sono – que *exprimem ainda o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa*³⁸². A eventual reprovação do ordenamento não recai sobre estas escolhas livremente tomadas, *mas sobre o seu enviesamento por incentivos económicos*. Esta nota não deve ser perdida de vista, marcando uma ulterior clivagem face ao conjunto anterior. É que, ao passo que o atentado contra bens de terceiro significa geralmente a violação de normas

³⁸¹ Por falta dessa dualidade, o critério dos bons costumes surge invocado a este propósito no pensamento jurídico alemão. Numa concepção particular, este critério foi invocado por HANS MÖLLER, "Zu den Normen über die schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalles, Gleichzeitig ein Beitrag zu der Lehre von den subjektiven Gefahrumständen ", *Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift*, 1929, pp. 550-562, pp. 552-556, para limitar as hipóteses em que seria lícita a cobertura de actos culposamente causados pelo tomador. O pensamento do autor patenteia aqui ainda uma certa necessidade de fazer decorrer o regime da cobertura destes actos de uma concepção da "natureza das coisas" do risco seguro, conquanto desta feita a tal "natureza das coisas" seja reconduzida à própria matéria da realidade. A própria acção humana foi pelo autor compreendida de um modo determinístico, não sendo assim passível de censura culposa; como tal, o conceito de risco seguro era à partida apto a acolher em si estas circunstâncias subjectivas, do mesmo modo que acolhia as objectivas. A cláusula dos bons costumes foi assim invocada como um correctivo face às consequências deste entendimento, tomado em si: não que houvesse censura dirigível a quem, por anomalia, se desviava da conduta média e causava um sinistro; mas, como o ponto de vista determinístico não estava ainda impregnado na *Weltanschauung* da consciência do povo, os bons costumes seriam lesados por uma cláusula do contrato que cobrisse a causação dolosa de um incêndio.

³⁸² Trata-se do reconhecimento da pessoa no seu ser e devir, como "raiz de liberdade" (Maritain), *prius* lógico, antropológico e axiológico do Direito – ORLANDO DE CARVALHO, *Os direitos do Homem no Direito civil português*, Vértice, Coimbra, 1973, pp. 17-18. Sobre este direito, é incontornável entre nós PAULO MOTA PINTO, "O direito ao livre desenvolvimento da personalidade", *in Portugal-Brasil Ano 2000, Tema Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 149-246, que, logo nas pp. 163-164, o recorta numa dupla vertente: de um lado, está em causa a tutela da integridade pessoal do sujeito, atinente à personalidade, "enquanto substrato da individualidade e nos seus mais diversos aspectos"; do outro, a tutela da liberdade de acção ou omissão própria, atinente a um direito geral de liberdade. Nos exemplos em texto assoma a raiz comum a estas duas vertentes, atinente à garantia das condições de surgimento de uma individualidade autónoma e livre. Na sua compreensão, continua a ser esclarecedor acompanhar PAULO MOTA PINTO, "O direito...", cit., pp. 201-202, salientando que, na vertente de direito de liberdade, este tutela uma liberdade de acção em sentido amplo, sem que condicione tal protecção ao significado que a concreta actuação possa ter para o efectivo desenvolvimento da personalidade – o juízo sobre esta relevância, inteiramente pessoal, é ele próprio uma expressão deste direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

imperativas – sendo a atribuição de uma compensação económica ao lesante, nessa sequência, suspeita da violação da ordem pública –, já o atentado contra bens próprios não releva do mesmo modo. Com efeito, aqui é a *criação de um incentivo económico a tal lesão* – correspondendo, de um prisma *ex post facto*, a lesão de bens próprios para obter a compensação seguradora – que *potencialmente fere a ordem pública ou os bons costumes*. Daqui resulta uma diferença entre uns casos e outros: tratando-se da lesão de bens próprios, *apenas haverá contrariedade face a estes parâmetros se o sujeito, ao tempo da lesão, souber da existência do contrato*. Se não tiver dele conhecimento, a sua actuação relevará apenas da sua esfera, sem ocorrer aquela inversão de incentivos.

Para além do parâmetro da ordem pública, pode haver aqui margem para o relevo dos bons costumes³⁸³ – como vimos acima, é de ambos que o ordenamento sistematicamente se serve nos juízos quanto à legitimidade da disposição de bens próprios. Com efeito, aqui, estamos perante um juízo muito chegado ao étimo do Direito, onde este encontra o seu substrato ético-jurídico atinente à dignidade da pessoa humana, e onde a irrigação ética é exactamente mais sensível. Como tal, confluem aqui tanto as mais centrais valorações jurídicas, como as extra-jurídicas que interpelam o Direito, tendo pertinência a convocação dos dois critérios.

Tal dignidade da pessoa não se coadunaria com a criação, por via negocial, *de um risco sério de auto-lesão grave e intencional a bens da personalidade para servir o fim económico da percepção da prestação seguradora*. Nem se pode dizer que a protecção de tal dignidade exigisse a concessão de uma total liberdade de determinação da própria esfera, nada havendo a apontar à criação destes incentivos e associação aos mesmos de efeitos jurídicos. É patente no art. 81.º do CC o juízo normativo no sentido de amarrar ao mastro a vontade da pessoa, não permitindo, sequer com a garantia da livre revogabilidade a todo o tempo (n.º 2), que esta se vincule com desrespeito destes comandos injuntivos (81.º, n.º 1, e 280.º).

Perscrutando o RJCS, vemos que, nos termos do art. 191.º (regime do suicídio), aquele, mais do que permite, estabelece supletivamente a cobertura do risco de atentado ao bem supremo da personalidade, desde que perpetrado pelo seu

³⁸³ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., pp. 101-104, parece reconduzir as hipóteses de potenciação do atentado *contra bens próprios a situações de violação dos bons costumes*.

titular; e permite inclusivamente que não se preveja qualquer prazo de carência quanto a tal. A solução está alinhada com as disposições congêneres dos ordenamentos mais próximos. O que parece pesar mais na consagração deste tipo de soluções é a protecção das pessoas a cargo do suicida, para as quais a exclusão da cobertura poderia significar a projecção numa situação económica particularmente delicada – pensando na função previdenciária do seguro de vida a favor de terceiro, ou na sua função de garantia de dívidas de vulto e longa duração, como as de mútuo para habitação³⁸⁴. Na conciliação destes regimes com os comandos da ordem pública e dos bons costumes, salienta-se que o risco é aqui menor do que face a outros atentados: dado o valor da própria vida para cada sujeito, espera-se que haja um fortíssimo desincentivo à colocação de um fim a esta³⁸⁵⁻³⁸⁶.

Estas considerações alertam-nos para algo relevante. A ponderação de compatibilidade com a ordem pública e os bons costumes não passa apenas por saber quais os bens jurídicos face aos quais aqueles não admitem atentados – quais os que seriam, pois, absolutamente indisponíveis. A questão não é tão linear quanto isso, como acabamos de ver em sede de tratamento do bem jurídico capital. Com efeito, *do contrato de seguro não resulta um atentado directo contra um bem; resulta apenas uma alteração do contexto de incentivos de um ou mais sujeitos, que pode aumentar a sua propensão a atentar contra certos bens, ou a sua leviandade face a eles*. O juízo é, pois, compósito. Isto mesmo tem sido notado em relação a seguros em que estejam em causa bens jurídicos pessoais, salientando-se que, *afora hipóteses extremas, não é aqui de esperar que o segurado, por beneficiar do seguro, se desinteresse da conservação da sua saúde ou vida, atentando mais contra elas do que o faria sem seguro*³⁸⁷. Por outro lado, como começámos por ver, a actuação dolosa em relação aos próprios bens da personalidade é conatural às

³⁸⁴ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, "O novo regime jurídico do contrato de seguro, Beves considerações sobre a protecção dos segurados", in *Contrato de seguro, Estudos*, J. C. MOITINHO DE ALMEIDA (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 11-36, pp. 29-30.

³⁸⁵ ANTIGONO DONATI, *Trattato...II*, cit., pp. 139-141, afirmando que é tal desincentivo que a lei valora, quando obriga à cobertura do suicídio desde que praticado mais de dois anos após a celebração ou reactivação do contrato, e determina de modo meramente supletivo a não cobertura caso o suicídio ocorra aquém deste prazo (arts. 1927 e 1932 do *Codice*).

³⁸⁶ Não há aqui paralelo com as ponderações que excluem a perseguição criminal do suicídio – na forma tentada, naturalmente. De um lado, estamos perante o problema da criação de incentivos positivos à prática do acto; do outro, mediante a sua repressão. Assim, no Direito penal a justificação tradicional para o facto é a de não premiar o suicida mais eficiente; a esta se junta o debate da carência de tutela face ao suicídio, considerada a subsidiariedade do Direito penal.

³⁸⁷ GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Revista "Assicurazioni", Roma, 1945, p. 228

escolhas de estilo de vida das pessoas. Fora das hipóteses de suicídio, a que a lei dá provisão, terá especial relevo na identificação de ofensas à ordem pública e aos bons costumes o *parâmetro do dolo qualificado, com intenção da obtenção de uma vantagem*. Assim, seria já barrado pela ordem pública e pelos bons costumes o pagamento de uma prestação de capital em caso de invalidez – temporária ou definitiva – provocada com o fito de obter tal prestação (pense-se nas hipóteses de auto-mutilação).

Acrescente-se que estes parâmetros dialogam também com as hipóteses de ponderação de bens jurídicos, não havendo violação da ordem pública, nem dos bons costumes, quando a situação for análoga à das causas de exclusão da ilicitude ou culpa³⁸⁸. Coisa diversa será, em qualquer dos casos, a de saber se o segurador negocialmente se dispõe à sua cobertura, e em que termos o faz.

c. Ordem pública e bons costumes como normas de conduta. As indicações do ordenamento penal.

Resta-nos agora problematizar o funcionamento autónomo da ordem pública ou dos bons costumes como normas de conduta. Tal terá relevo nas situações em que, não cobrindo o contrato os efeitos de certas condutas do segurado, este leve a cabo tais condutas, ocultando ou em todo o caso não comunicando ao segurador que estas são as causas dos efeitos que surgem, assim, incluídos na cobertura. Estamos aqui, *diferentemente do que ocorre nas hipóteses anteriores, no plano da efectivação dos atentados contra bens, e não da mera criação de incentivos para*

³⁸⁸ Sirva de exemplo o art. 1900. do Codice, segundo o qual o sinistro deve ser coberto quando o acto tenha sido praticado intencionalmente, mas por dever de solidariedade humana. Segundo ANTIGONO DONATI, *Trattato...II*, cit., pp. 139-141, o artigo estabelece a cobertura de actos não contrários à moral e ordem pública, comportando as hipóteses de dever de solidariedade humana analogia com as situações de estado de necessidade e de legítima defesa. Note-se, porém, como diremos à frente, que não é apenas o limite da ordem pública o critério de determinação do alcance do regime da causação dolosa. Também nesta sede se inscrevia o § 26 da VVG, na sua versão anterior, Este eximia o tomador às regras sobre agravamento do risco – entre elas a que impunha o dever de não agravamento do risco – *quando este fosse determinado a actuar pelo interesse do segurador, através de um evento pelo qual o segurador respondesse, ou, para o que aqui interesse, por um mandato de humanidade*. A doutrina alemã situa este preceito *sob a cúpula da boa fé – cúpula esta que tornaria, aliás, inútil aquela sua expressão*. Assim, tal como anotava a falta de alcance prático do dito preceito (JÜRGEN PRÖLSS, "VVG § 26 Gefaherhöhung ohne Rechtsfolgen", in *Prölss/Martin Kommentar*, ULRICH KNAPPMANN/JÜRGEN PRÖLSS/HELMUT KOLLHOSSER/WOLFGANG VOIT/CHRISTIAN ARMBRÜSTER (coord.), Beck, Munique, 2004, pp. 360-361, pp. 360-361), aplaude actualmente a sua revogação (por exemplo, WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, "VVG § 23 Gefaherhöhung", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 10.09.2012), nm. 15), considerando exactamente que basta aqui o apelo à cláusula geral da boa fé.

estes. Assim, na verdade, quando tal conduta tenha lesado bens ou interesses de terceiro, advir-lhe-á, mais do que uma censura genérica por banda da ordem pública, *a censura especificamente prevista na norma que tutele tais bens ou interesses*. Por sua vez, o *atentado contra bens próprios com o escopo específico de obter a prestação* concitará a censura dos parâmetros da ordem pública e dos bons costumes.

Já a dissimulação desta causa perante o segurador atentará mais centralmente contra a boa fé contratual, porquanto configura uma tentativa de induzir em erro o parceiro contratual. Poder-se-á ainda convocar para esta sede o parâmetro dos bons costumes, referindo a este propósito a violação de uma ética negocial. Tal merece porém mais cautela: dado o forte relevo ético da boa fé, fazer os bons costumes, a propósito da sua matriz extrajurídica, entrar na coutada da boa fé poderá implicar a tomada de assalto de tal reduto – com perdas de precisão dogmática para ambos os preceitos.

Ter-se-á ainda que problematizar se *tal lesão ou tentativa de lesão de interesses exclusivamente do segurador será em si, sem mais, lesiva da ordem pública*. Face ao exposto, ter-se-ia que concluir que não, não fora um olhar mais atento às normas penais instalar a dúvida. Com efeito, o art. 219.º do C. Pen³⁸⁹ pune a *causação dolosa ou agravamento sensível doloso das consequências de acidente ou lesão da integridade física, na esfera própria ou alheia, cujo risco esteja coberto por seguro, não em si, mas quando tal determine a percepção da prestação seguradora pelo agente ou por terceiro*³⁹⁰. O que é aqui protegido é, pois, o *património do segurador*, sendo aquela causação ou agravamento dolosos apenas

³⁸⁹ Nos seus termos, "1. Quem receber ou fizer com que outra pessoa receba valor total ou parcialmente seguro: a) Provocando ou agravando sensivelmente resultado causado por acidente cujo risco estava coberto; ou b) Causando, a si próprio ou a outra pessoa, lesão da integridade física ou agravando as consequências de lesão da integridade física provocada por acidente cujo risco esteja coberto; é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa. 2. A tentativa é punível. 3. O procedimento criminal depende de queixa. 4. Se o prejuízo patrimonial provocado for: a) De valor elevado, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias; b) De valor consideravelmente elevado, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos. 5. É correspondentemente aplicável o disposto no artigo 206.º" (itálicos nossos). O crime não tem, pois, que ser cometido por um dos sujeitos ligados ao contrato – tomador, segurado, beneficiário ou pessoa segura –, podendo ser cometido por qualquer terceiro que faça com que o segurador ou beneficiário receba a prestação. Em texto apenas nos interessa porém a compreensão das hipóteses em que é um daqueles sujeitos ligados ao contrato o agente.

³⁹⁰ Acompanhamos muito de perto na análise deste artigo A. M. ALMEIDA COSTA, "Artigo 219º", in *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo II, Artigos 202º a 307º*, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 313-321, *passim*.

as formas tipificadas (crime de execução vinculada) de realização do tipo.

Apesar de ser esse o bem jurídico tutelado³⁹¹ e apesar da epígrafe e inserção sistemática, o tipo distingue-se nitidamente das hipóteses de burla, já que *não requer qualquer intenção de enriquecimento ilegítimo próprio ou alheio por parte do agente nem tão-pouco a indução da vítima-segurador em erro ou engano* (cfr. arts. 217.º, n.º 1, e 218.º, n.º 1) acerca da situação que determina o seu prejuízo patrimonial (realização da prestação seguradora). Por outro lado, o artigo em causa *requer uma efectiva provocação dolosa do sinistro coberto ou efectivo agravamento sensível das suas consequências (ou tentativa destes factos)* – modo de execução vinculada que não encontra correspondente no art. 217.º. Assim, as situações em que *não ocorra um sinistro coberto mas o agente simule a sua ocorrência, induzindo astuciosamente*³⁹² o segurador a pensar que este ocorreu e efectuar a competente prestação, apenas se poderão acolher às tipificações da burla. Com efeito, aqui não se verificam os actos de execução exigidos pelo art. 219.º, que requer a efectiva ocorrência do sinistro, ou o seu efectivo agravamento sensível³⁹³; por outro lado, preenchem-se os pressupostos de aplicação do art. 217.º ou 218.º.

Não causa estranheza a incriminação da burla nas hipóteses em que há uma *verdadeira simulação do sinistro*, dada a especial censurabilidade do sujeito que *falsifica os próprios pressupostos do dever de prestar do segurador, com a intenção de perceber a prestação ou de o fazer em maior medida do que o devido*. Aqui, o ordenamento penal vinca uma reprovação jurídica acentuada que já advinha à

³⁹¹ Também pela tipificação do crime de burla se protege o bem jurídico património da vítima – cfr. A. M. ALMEIDA COSTA, "Artigo 217º", cit., pp. 275-292.

³⁹² É controvertido o sentido da provocação astuciosa de erro ou engano, debatendo-se não só o alcance da "astúcia", como a questão de aqui se compreender o aproveitamento do erro da vítima/sujeito passivo – i.e., a questão do relevo da burla por omissão. Abandonadas, por artificialistas e arbitrarias (A. M. ALMEIDA COSTA, "Artigo 217º", cit., p. 296 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, p. 270; cfr. contudo MARIA FERNANDA PALMA/RUI CARLOS PEREIRA, "O crime de burla no Código Penal de 1982-95", *RFDUL*, XXXV, 1994, pp. 321-333, p. 327), as concepções tradicionais que requeriam uma *mise en scene* por parte do agente, outras vias têm sido exploradas para esta concretização. Das das mais importantes perspectivas nacionais actuais sobre a matéria reconduzem-se à ideia de *manipulação da vontade do lesado*; no entanto, enquanto A. M. ALMEIDA COSTA, "Artigo 217º", cit., pp. 299-301, exige que esse domínio-do-erro por parte do agente *se exerça em violação ao princípio da boa fé em sentido objectivo*, pois só aí se está dentro do escopo de protecção da norma incriminadora, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...* cit., p. 670, considera simplesmente que "a astúcia consiste no aproveitamento de uma vantagem cognitiva do agente sobre o burlado, que lhe permite manipular a vontade do burlado" (para uma refutação consistente de outras teses relativas à noção de astúcia, cfr. A. M. ALMEIDA COSTA, "Artigo 217º", cit., pp. 295-299).

³⁹³ Neste sentido, cfr. o ac. do TRL de 5 de Novembro de 1986, cit. ap. MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES/MANUEL JOSÉ CARRILHO DE SIMAS SANTOS, *Código Penal anotado, II Volume (art.ºs 131.º a 386.º)*, Rei dos Livros, Lisboa, 2000, p. 916.

conduta em sede privatística. Poder-se-á aqui dizer que a conduta do burlão é contrária à ordem pública – embora tal não acrescente muito ao juízo especificamente recortado pela norma incriminadora.

Mais equívocas se mostram as aparentes indicações do ordenamento penal no sentido de ser contrário ao ordenamento jurídico-penal e à ordem pública *o mero atentado contra o património do segurador, patenteado na exigência da prestação – ou de mais do que a devida – na sequência de acto doloso de causação ou agravamento do sinistro* (219.º). Não só oferece dúvida a determinação do âmbito da incriminação do art. 219.º – inclusivamente por cotejo com as hipóteses de verdadeira burla –, como duvidoso parece inclusivamente o bem fundado de tal incriminação³⁹⁴.

O art. 219.º começa por deixar no intérprete a dúvida quanto aos riscos cobertos a que se reporta – numa interpretação estrita, pareceria apenas tanger com contratos de seguro de acidentes, já que é na referência a um "acidente" que o n.º 1 do artigo ancora o recorte do tipo objectivo. Não é assim, porém, que a doutrina penalística interpreta a norma, tomando acidente no sentido de sinistro³⁹⁵. Depois, parece vir incriminada *toda a provocação ou agravamento sensível, desde que dolosos, de um sinistro coberto, quando dêem lugar à percepção da prestação seguradora*. Vai-se, pois, para além as hipóteses que entretanto o RJCS crisma como de dolo com o propósito de obter uma vantagem. Desta *fattispecie* não pode, porém, resultar de plano a contrariedade normativa da cobertura de actuações dolosas face aos bens segurados, ainda que dêem lugar àquela percepção. Não poderia já deixar de ser assim face à hipóteses de convenção de cobertura de factos dolosos³⁹⁶; tão-pouco pode ser de outro modo nos casos em que a comissão do sinistro mesmo com dolo directo não pode deixar de estar coberta, patenteando não

³⁹⁴ Muito crítico em relação a esta disposição, A. M. ALMEIDA COSTA, "Artigo 219º", cit., *maxime* pp. 315-318.

³⁹⁵ Este entendimento perpassa as palavras de A. M. ALMEIDA COSTA, "Artigo 219º", cit., pp. 319-321, ou de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...* cit., p. 686.

³⁹⁶ Pode aqui, mais do que falar-se de uma exclusão da ilicitude por consentimento, falar mesmo de uma exclusão da tipicidade, não sendo forçado considerar-se que há aqui um verdadeiro acordo, em que os sistemas do segurador, que amplia as suas possibilidades de negócio, e dos segurados, que ampliam as suas possibilidades de actuação mediante esta blindagem face a riscos, caminham a par. O modelo dualista de relevo do poder de disposição do titular do bem jurídico subjacente ao raciocínio, apartando acordo excludente da tipicidade de consentimento justificante, foi defendido entre nós por Costa Andrade e é seguido, vg., por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal...I*, cit., p. 474.

um atentado, mas exactamente um avantajamento pretendido para o interesse seguro (pense-se nos seguros de natalidade); e tão-pouco pode deixar de ser assim em ultteriores hipóteses em que esteja em causa o atentado contra os bens seguros com dolo eventual, ou, com escopo de salvaguarda de outros bens, ainda que de valor não manifestamente superior, mesmo com dolo directo, quando, como melhor veremos ao longo do trabalho, os argumentos da utilidade do contrato e das expectativas legítimas do segurado face a ela fundamentem a cobertura. Ora, nestas últimas hipóteses, em que o âmbito da cobertura resulta de uma interpretação do contrato e da lei à luz do sentido e finalidade deste, e não de assentimento expresse do segurador, preencher-se-ia, ao menos *prima facie*, o tipo objectivo de ilícito.

Lembre-se que o preenchimento do tipo não depende aqui de qualquer tentativa de induzir em engano o segurador: basta que a pretensão seja contra este exercida, podendo o segurador, num segundo momento, vir furtar-se à prestação a que começou por aceder, alegando que tal pretensão é em si criminosa. Poderá, pois, tanto haver cabal comunicação das circunstâncias do sinistro, como sua comunicação negligente: a actuação será em qualquer caso criminosa. Na verdade, nas hipóteses em que *o juízo de reprovação do segurado poderia ser mais severo, por este ter actuado para com o segurador com deliberada falta de lisura contratual* – prestando dolosamente ao segurador informações falsas, ou omitindo deste com dolo a causação intencional do sinistro – estaria já disponível o acolhimento nos tipos da burla – naquele último caso, na medida em que se admita, como proeminentes doutrina e jurisprudência o fazem, o relevo jurídico-penal da burla por omissão³⁹⁷.

³⁹⁷ Contra a sua admissibilidade esgrime-se um argumento histórico – o art. 217.º do C. Pen teria abandonado a referência expressa à burla por omissão constante da versão original do artigo no projecto de C. Pen – e um argumento material – tratando-se a burla de um crime de execução vinculada, seria caracterizada por um particular desvalor de acção, que sobrelevaria o desvalor de resultado e afastaria a pertinência do regime da omissão, adequado a puros crimes de resultado – cfr. MARIA FERNANDA PALMA/RUI CARLOS PEREIRA, "O crime de burla...", cit., pp. 325-327 e ainda PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...* cit., p. 681). Refuta ambos os argumentos A. M. ALMEIDA COSTA, "Artigo 217.º", cit., pp. 307-309, por um lado relativizando a importância da interpretação subjectivista e por outro relativizando o peso relativo do desvalor associado ao *modus operandi* da burla no juízo global de ilicitude, com o argumento da igualdade da moldura penal do crime face aos demais crimes patrimoniais. Conclui, como tal, que a burla omissiva é punível nos termos gerais do art. 10.º do C. Pen. No mesmo sentido veja-se MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES/MANUEL JOSÉ CARRILHO DE SIMAS SANTOS, *Código Penal...* cit., pp. 837-838, e M. MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 708, que dá também nota de ser essa a orientação dos tribunais superiores; veja-se ainda o ac. do STJ de 29 de Fevereiro de 1996, bem como o ac. do TRC de 16 de Maio de 1996, aí citados na p. 712. Ora, dos termos gerais do art. 10.º do C. Pen. resulta a punibilidade da burla por omissão quando sobre o omitente recaia um dever de pessoalmente evitar o resultado em causa. Donde decorre que, a ser admitida, a burla

E lembre-se ainda que se trata aqui tão-só de afirmar a tutela do património do segurador, na medida em que este pode ser lesado por certas condutas, com relevo contratual, dos sujeitos ligados ao risco; e este bem jurídico não pode deixar de ser ponderado com outros. Não poderá deixar de ser *cotejado com o bem igualmente patrimonial, da garantia ao segurado de que obterá as utilidades da protecção contra o risco pela qual pagou. Não pode, pois, ser o ordenamento penal a impor aqui de plano um juízo sobre o alcance do risco coberto pela generalidade dos contratos de seguro*. Tal não só levaria a um esvaziamento do âmbito do contrato, sem fundamentação cabal para o efeito, como, mais do que isso, a impor penas a quem se quisesse prevalecer das possibilidades legítimas da cobertura adquirida. Este juízo deverá antes *chegar ao ordenamento penal vindo de baixo, das ponderações de bens e interesses a efectuar em sede de Direito privado*. Enquanto se mantiver esta norma penal – cujo recorte, como resulta do exposto, nos merece as maiores reservas, face ao princípio da proporcionalidade –, merecerá *na sua interpretação* particular insistência o *princípio da subsidiariedade do Direito penal*: se certa conduta não é ilícita face ao Direito privado, não o poderá ser em sede penal³⁹⁸.

por omissão apenas o poderá em relação a sujeitos onerados com um dever de esclarecimento do segurador. Ora, e a não ser que coisa diversa resulte do contrato, são onerados, em relação ao segurador, com deveres de informação das circunstâncias do sinistro, nos termos do art. 100.º do RJCS, o *tomador, o segurado e o beneficiário. Um terceiro, não tendo qualquer dever de informação do segurador, não preencherá o pressuposto da indução astuciosa em erro* – aqui, será efectivamente necessário invocar o art. 219.º do C. Pen. Estamos, porém, como começámos por deixar claro, para além das hipóteses que aqui nos ocupam.

³⁹⁸ Sobre o sentido do Direito penal, de tutela de *ultima ratio* de bens jurídicos dotados de dignidade penal, cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal...I*, cit., pp. 113 e ss., a cuja obra pertencem as páginas citadas de seguida; na doutrina estrangeira, CLAUS ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Der Aufbau, Der Verbrechenlehre*, c. H. Beck, Munique, 2006, pp. 45-47. Trata-se aqui da tomada do conceito material de crime num sentido teleológico-funcional – devendo ser encontrado na função atribuída ao Direito penal – e racional – atinente ao carácter dessa função, de tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal. Tal carácter subsidiário exige do Direito penal que este apenas intervenha em defesa de bens jurídicos com dignidade de tutela penal – o que exige um reflexo num "bem jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total" (p. 120) – e, para o que em texto sobretudo queremos sublinhar, que *apenas o faça quando exista carência de pena* (pp. 127 e ss.). A intervenção jurídico-penal apenas se deve, como tal, processar quando seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade. Ocorre uma violação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, enquanto sub-princípio do princípio do Estado de Direito, *quando se determine a intervenção penalística para tutela de bens jurídicos que podem ser suficientemente tutelados pela ordem civil*. Por maioria de razão, não deverá haver intervenção penal onde a conduta não suscita contrariedade face à ordem jurídica civil, devendo a norma ser restritivamente interpretada. E fica ainda a questão de saber se, à luz do princípio da proporcionalidade, deverá ser de todo mantida tal criminalização – parece ser forte o paralelo com o questionamento de Figueiredo Dias da legitimidade da criminalização da emissão de cheque sem provisão, quando não constitua um crime de burla.

d. Balanço. Cotejo com as indicações do RJCS em sede de seguros de pessoas

Sublinhamos agora alguns dos pontos aflorados e que importa acentuar. Em primeiro lugar, regista-se que a criação de incentivos ao sobreaccionamento do seguro não é sempre contrária à ordem pública e bons costumes: não o é quando tal não equivaler ao atentar contra bens jurídicos, como acontecerá face à vertente de cobertura de despesas dos seguros de saúde. Vimos ainda que o juízo de contrariedade à ordem pública ou aos bons costumes é um juízo compósito, que implica a atenção não só à dignidade do bem jurídico posto em causa, mas também à existência de contra-incentivos significativos a tal atentado – como é patente em sede de seguro de vida –, e ao tipo de juízo de censura que o rodeie.

Desta ponderação não resulta necessariamente que o sujeito deva actuar como se não estivesse segurado, sob pena de violar a ordem pública e os bons costumes. O seguro implica também a aquisição de um *Spielraum* mais alargado, não sendo a maior propensão para assumir riscos por si contrária a tais parâmetros.

Vimos ainda que estes parâmetros não só vedam a criação do incentivo a atentados por parte do contrato, como são ofendidos quando ocorre efectivamente um atentado contra bens de terceiro, ou um atentado contra bens próprios operado com o escopo de beneficiar da cobertura. Vimos ainda que, se bem que o ordenamento penal pareça vir vincar uma tutela cimeira do património do segurador face à comissão dolosa de atentados contra bens seguros, deverá ser aqui afirmado o princípio da subsidiariedade do Direito penal face aos juízos privatísticos de ponderação dos interesses patrimoniais igualmente legítimos do segurado.

Resta assinalar que, em matéria de seguros de pessoas, o RJCS reflecte um juízo de maior leniência face a potenciais actuações do segurado contra os bens seguros. Poderíamos invocar a esse propósito logo o regime do suicídio, que patenteia o acolhimento supletivo da cobertura de um facto doloso nesta sede. Não se pode perder de vista, porém, que este regime é perpassado por um feixe de interesses diversos, entre os quais pontifica o de dar tutela aos beneficiários, atento especialmente o facto de serem frequentemente pessoas a cargo da pessoa segura. Aquele juízo perfunctório é, porém, confirmado não só pela ocorrência de seguros de prestações pré-determinadas nesta sede – o que, se se prende com dificuldades de valoração das consequências do sinistro, não deixaria de abrir a possibilidade de retirar benefício da ocorrência do sinistro –, como com a sua livre cumulabilidade –

com mera exigência de comunicação –, sendo mesmo, no tocante aos seguros de saúde, esta última exigência dispensada (arts. 180.º e 215.º, n.º 2). Com tudo isto, mostra-se subjacente ao pensamento do legislador uma desvalorização dos desvios de incentivos que possam ocorrer nesta sede, mostrando-se sensível aos contra-incentivos decorrentes da valia dos bens jurídicos pessoais em causa³⁹⁹.

E. A transferência do risco e a função económica do seguro

a. O sentido e finalidade do tipo contratual

A tomada em consideração de argumentos teleológicos atinentes à finalidade prático-jurídica do contrato impõe-se em sedes diversas – na interpretação do tipo legal ou social, ou do próprio contrato, bem como no controlo da licitude das concretas cláusulas contratuais. Tal implica uma indagação a diferentes níveis de concretude.

Em primeiro lugar, ao *nível geral do modelo contratual tipificado na lei ou nas práticas sociais jurisdiccionais*, gerando nos sujeitos a expectativa de que, ao celebrarem contratos desse tipo, produzirão, sob a tutela do Direito, *certo efeito económico em torno do qual a tipificada estrutura de direitos e obrigações se organiza*. É desta consideração dos efeitos prático-jurídicos em torno dos quais se organiza a estrutura típica que se retiram, pois, argumentos teleológicos para uma cumprida *interpretação do regime legal*.

Em segundo lugar, tudo isso se ficaria por um puro platonismo se se não atendesse ao *nível do contrato concretamente celebrado*. Antes de mais, porque a *atenção à finalidade prática prosseguida com o negócio* é um elemento – decisivo, pelo seu carácter sintético, se bem que não suficiente – a ter em conta na *qualificação do concreto contrato*. Haverá que emparelhar a(s) finalidade(s) económica(s) prosseguida(s) através da estrutura de atribuições com a finalidade económica prosseguida pelos vários tipos contratuais, legais e sociais, pré-disponíveis, para afirmar a recondução do contrato a um tipo. Ora, é claro que o nível geral e o concreto da regulação não estão um para o outro como realidades estanques.

Desde logo, porque a qualificação, metodologicamente geminada com a

³⁹⁹ TOM BAKER, "On the genealogy...", cit., pp. 275 e ss.

interpretação do contrato, não se faz sem um ir-e-vir entre o contrato e os modelos contratuais pré-disponíveis que são o contexto de sentido das declarações negociais⁴⁰⁰. E porque, uma vez feito esse emparelhamento – através de uma análise *prima facie* da aptidão em abstracto dos efeitos jurídicos pactuados à produção de certos efeitos práticos –, não passa a poder perder-se de vista o sentido prático-económico do tipo. Coloca-se então o problema de *saber se a estrutura contratual concretamente recortada mantém de um modo significativo essa aptidão*, ou se, no jogo da configuração de pormenor dos direitos e deveres das partes, o alcance de tal finalidade não se transformou já numa hipótese pouco mais que marginal – sendo então concitado o controlo da desnaturação do sentido do contrato.

Nesta parte do presente estudo, ficar-nos-emos pelo primeiro daqueles níveis, analisando o sentido prático-jurídico do modelo regulatório legal do contrato de seguro, enquanto *unidade de sentido regulatória*. Trata-se de um *modelo de normação da produção de determinados efeitos jurídico-económicos por via contratual* – de um tipo contratual enquanto modelo de regulação –, mas de um modelo regulatório *dotado de certo grau de abstracção e não de uma forma típica de concretização desse modelo, o qual apenas se precipita no concreto através de manifestações que o concretizam* – portanto, não propriamente de um tipo enquanto forma de pensamento, mas de um modelo com certo grau de abstracção que apenas vem ao concreto num conjunto de tipos⁴⁰¹. Neste ponto, referir-nos-emos aqui simplesmente *ao tipo contratual (de seguro) como modelo de regulação do contrato*, independentemente, portanto, de este configurar um verdadeiro tipo enquanto forma de pensamento oposta ao conceito. É tal modelo regulatório que – como reafirmaremos – serve a consecução de determinada função económico-social.

Trata-se, com efeito, do plano da determinação da *função económico-social*

⁴⁰⁰ Sobre a unidade metodológica entre interpretação e qualificação do negócio jurídico, cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de...* cit., pp. 344-346.

⁴⁰¹ Como defendemos já em estudo anterior (MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida...* cit., pp. 120-121), não há um *tipo dominante de contrato de seguro* a que a regulação dos modelos de cobertura de riscos determinados se possa referir, devendo, como tal, cada um destes modelos ser tido como um tipo, e não um sub-tipo contratual. Tal não impede, porém, que se descortine uma função económico-jurídica unitária para o contrato de seguro como um todo, enquanto modelo legal de regulação predisposto para o conjunto dos tipos. A função a reconhecer a cada um dos modelos atinentes à cobertura de um risco determinado será apenas a concretização da causa-função geral por referência ao risco em causa.

servida pela estrutura típica de direitos e obrigações – e que é, sob esta designação, ou sob a designação de causa-função ou causa do negócio, admitida pela doutrina nacional como categoria valiosa para efeitos de qualificação contratual e interpretação do regime legal⁴⁰² – numa acepção do conceito de "causa" diversa da que vale no ordenamento de origem do pensamento da causa-função económico-social – e notoriamente muito mais acanhada do que ela⁴⁰³. Se, para compreensão da

⁴⁰² Assim, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, Almedina, Coimbra, 2010, 289-290; falando de uma "coacção legal do tipo", no sentido de este apenas conceder as vantagens previstas aos negócios que reflectissem a função económico-social nele prevista, ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio...* cit., pp. 18-19; dando à categoria mesmo um alcance mais lato, de índole negativa, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil, II, Acções e factos jurídicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 304 e ss.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 122-126; FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, "Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Volume II, A Parte Geral do Código e a Teoria geral do Direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 423-457, pp. 436-438; por referência à "economia do contrato" JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, "'Economia do contrato", autonomia privada e boa fé", in *Ars iudicandi, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, IV*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 969-982, p. 982, salienta e ilustra a sua convocação pela jurisprudência, não só em relação ao concreto contrato, mas também em relação à "estrutura vinculativa e função do tipo contratual de referência", para efeitos de qualificação do contrato. Erram, pois, desde logo o alvo os argumentos esgrimidos face às propostas de enquadramento da causa do contrato de seguro que acusam as categorias de relevo meramente económico (para um exemplo, ALBERT EHRENZWEIG, *Versicherungsvertragsrecht (Reichsrecht und österreichisches Recht, mit den tschechoslowakischen Besonderheiten)*, I, Manzschke, Viena/Leipzig, 1935, pp. 101-102).

⁴⁰³ É consabido o carácter fundacional atribuído à causa do negócio, e o ecletismo das suas manifestações, nos ordenamentos influenciados pelo Código napoleónico – de entre os que nos são mais próximos, o espanhol e o italiano. Detectando-se, no ordenamento espanhol, uma evolução do conceito mais chegada à que se registou no ordenamento francês, destaca-se dos dois a evolução no ordenamento italiano, sobretudo depois do Código de 1942 (FILIPPO RANIERI, *Europäisches...* cit., pp. 1138-1139; GIOVANNI B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 1966, pp. 89-90 e 105 e ss.).

No ordenamento italiano, a causa do negócio surge também com a pluripotência de "razão do contrato", no amplíssimo recorte que a leva tanto a ser o marcador do sentido das deslocações patrimoniais em causa, como o próprio fiscal da justiça contratual. Porém, diferentemente do que ocorre na doutrina francesa, a causa desenvolve-se ali, por influência pandectística, por *referência ao todo do negócio e apartada da questão dos motivos* (sobre esta evolução, cfr., por todos, GIOVANNI B. FERRI, *Causa...* cit., pp. 105 e ss.). O negócio jurídico é considerado um instrumento posto ao dispor dos particulares para a realização dos seus interesses particulares, assente na (não ilimitada) vontade destes. A causa vem, pois, numa pela generalidade da doutrina que antecede a obra de Betti, identificada com a *razão económico-jurídica do concreto negócio* e com o *escopo económico-prático dos contratantes*, atinente a tal acto de realização dos interesses particulares. Sobre este pano de fundo, coloca-se e destaca-se a sproposta de Betti, que irá (já no seu Corso di Istituzioni di Diritto romano, de 1929, mas de um modo acabado na Teoria generale del negozio giuridico, de 1943) retirar a causa do plano negocial concreto e colocá-la no plano abstracto (*maxime*, legal), como função económico-social que explica determinado modelo regulatório. Nesta visão, as estruturas negociais consolidam-se na prática como estruturas ao serviço de determinada função económico-social; é deste conjunto de estruturas que o ordenamento jurídico selecciona aquelas a que dá tipicidade legal, reconhecendo-lhes merecimento de tutela. Bem vemos que, neste passo, se *ata causa e tipo negocial*: os tipos identificam-se exactamente por estarem ao serviço de determinada função económico-social ((GIOVANNI B. FERRI, *Causa...* cit., pp. 111 e ss. e 230 e ss.). Esta articulação entre causa e tipicidade negocial não é já visível no Direito francês. Dada a concepção dominante durante a generalidade do séc. XX da causa como causa da obrigação, a figura não foi mobilizada para efeitos de qualificação dos contratos (GIOVANNI B. FERRI, *Causa...* cit., pp. 89-90).

importância de tal momento económico-social e teleológico, enquanto importante agregador do sentido do tipo, se deve reconhecer o legado de BETTI, impõem-se também as devidas distâncias⁴⁰⁴. Desde logo, não se torna o tipo fungível face à

Por isso mesmo, certa doutrina reserva para designar a causa que permite a identificação do tipo negocial ou de certa categoria de tipos – acepção que, por isso, se designa como "cause catégorique" (JACQUES FLOUR/JEAN-LUC AUBERT/ÉRIC SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I, L'acte juridique*, Dalloz-Sirey, 2014, disponível em <https://itunes.apple.com/pt/book/droit-civil.-les-obligations/id924841863?l=en&mt=11> (consultado pela última vez a 01.06.2015), nm. 254). A jurisprudência não deixou de associar a cada tipo uma causa objectiva em abstracto correspondente – lembre-se, porém, que estamos aqui no plano da identificação de uma contraprestação típica, e não no plano da identificação de uma causa-função.

A visão bettiana da causa abstracta do negócio jurídico teve um magistério longo na doutrina italiana, desde logo pela leitura que a *Relazione al Re*, que acompanhou o Codice de 1942, acolhendo aquela visão, teve na interpretação dos seus preceitos (GIOVANNI B. FERRI, *Causa...* cit., pp. 239-240). Com a obra de GIOVANNI B. FERRI, *Causa...* cit., marca-se um ponto de viragem vindo a causa concreta, atinente ao concreto negócio, substituir (primeiro na doutrina e, a partir do início do séc. XXI, na jurisprudência – VINCENZO ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milão, 2011, p. 344; FILIPPO RANIERI, *Europäisches...* cit., p. 1168; RITA ROLLI, "La causa del contratto, Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta", *Contratto e impresa*, 2, 2007, pp. 416-454, pp. 443-445; CESARE MASSIMO BIANCA, "Causa concreta del contratto e diritto effettivo", *RDC*, 2, 2014, pp. 251-272, pp. 256 e ss.) a causa abstracta no seu anterior protagonismo, criticando-lhe o dirigismo subjacente e a sua imprestabilidade para valorar aspectos funcionais que exigiam a atenção ao concreto contrato (GIOVANNI B. FERRI, *Causa...* cit., pp. 249 e ss.).

A causa concreta vem perspectivada num sentido objectivo e reportada ao todo do contrato (teoria unitária da causa), sendo configurada por (GIOVANNI B. FERRI, *Causa...* cit., pp. 253 e ss., como a função económico-individual do negócio, sendo atinente a uma operação negocial que exprime exigências e interesses de um ou mais indivíduos e, actualmente, na sua senda, como *a razão que concretamente justifica o contrato em causa, em atenção às atribuições concretamente assumidas e ao contexto de finalidades e interesses relevado pelas partes* (VINCENZO ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 347-348), ou simplesmente, como interesse que a concreta operação negocial é apta a efectivar (CESARE MASSIMO BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 2000, pp. 447-448 e 452-453) – nesta tendência geral, RITA ROLLI, "La causa...", cit., pp. 441 e ss. (para uma noção estrutural e jurídica da causa, como síntese dos efeitos jurídicos essenciais do negócio, cfr. porém, PIETRO TRIMARCHI, *Istituzioni...* cit., pp. 193-194). A causa abstracta permanece no conceito de tipo (GIOVANNI B. FERRI, *Causa...* cit., pp. 249-254: os tipos legais identificam-se por uma função económico-jurídica, os sociais por uma económico-social; mais recentemente, equiparando expressamente a causa abstracta ao tipo, VINCENZO ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 353) – pedindo-se-lhe porém, de novo, que desempenhe uma função plúrima de instrumento único de qualificação (assim, assertivamente, (EMILIO BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, UTET, Turim, 1952, p. 186; CESARE MASSIMO BIANCA, *Il contratto*, cit., pp. 475-476; GIOVANNI DATTILO, "Tipicità e realtà nel Diritto dei contratti", *RDC*, 1, 1984, pp. 772-810, pp. 780-781: "o tipo é a materialização fenomenológica da causa"). Para efeitos de qualificação do negócio, o plano abstracto-tipificado e o plano concreto-negocial não podem, de resto, prescindir um do outro (cfr. RITA ROLLI, "La causa...", cit., p. 451: a causa concreta não é mais do que a actuação da causa abstracta na singular operação contratual).

⁴⁰⁴ EMILIO BETTI, *Teoria...* cit., pp. 171 e ss. (como se disse na nota anterior, a teoria já tinha despontado em obra anterior do autor). Conclusivamente, o autor configura (p. 183) a causa como a função económico-social do negócio na sua totalidade, reconhecido quando ainda despido de tutela jurídica, na síntese dos seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional em que se manifesta a autonomia privada. Esta noção da finalidade (*Zweck*) como síntese essencial, como relação entre os aspectos parciais da acção é colhida em Hegel. Assim, (pp. 185-186), os elementos essenciais e naturais do negócio jurídico são eles próprios elementos da sua causa. Para o autor (pp. 177-178, 181-182, 183-184), a importância do carácter extra-jurídico da causa não estava tanto no conhecimento do sentido prático do negócio tipificado para situar a regulação jurídica que o serve, mas na necessidade de justificar o merecimento da tutela jurídica do negócio através de argumentos extra-jurídicos: a autonomia privada deveria obedecer desde logo a um interesse social. Segundo o autor (p. 190), o Direito apenas presta o seu apoio a funções que o mereçam, segundo uma valoração

função económico-social que ele serve: a reconstrução do sentido do tipo impõe a convocação de uma pluralidade de elementos, de índole funcional e estrutural; nem a juridicidade do tipo pode ser reconduzida ao merecimento de tutela por parte da prossecução de determinados fins económicos – tal não só assenta em premissas incompatíveis com a do merecimento de tutela da autonomia privada em si, como ignora vários outros momentos importantes de juridicidade do conteúdo regulatório de dado modelo contratual legal⁴⁰⁵. Por último, não pode deixar-se na sombra o necessário diálogo entre as funções económico-sociais pressupostas no plano abstracto-legal e os efeitos económico-sociais que se desprendem do conteúdo das obrigações assumidas num contrato ou num conjunto deles com atinências jurídicas entre si – o que uma metodologia que identifique causas com tipos legais e sociais tem, no seu estruturalismo, dificuldade em abarcar⁴⁰⁶.

O pensamento da *função económico-social do seguro* tem estado visivelmente vivo nos ordenamentos italiano e alemão. No primeiro, não poderia deixar de ser assim, atenta a referida influência do pensamento da causa-função económico-social na compreensão do próprio tipo⁴⁰⁷. Na Alemanha, o relevo da finalidade práctico-económica do contrato não surge sub-rogado ao tipo, nem é tão proeminentemente erguido nas questões de qualificação do contrato. Assim, no tocante ao recorte legal do tipo contratual segurador, a doutrina que debate a respectiva função económico-social tende a dar-lhe um alcance estreito, meramente sistemático – vir confortar a unidade interna do contrato de seguro, face às suas várias manifestações,

assente no facto de estarem estavelmente organizadas por força da sua constância, normalidade e importância social: "[c]osi la causa, senza cessare di essere per sè una entità sociale ed extragiuridica, diventa il fondamento, la *ratio iuris* della norma che pronunzia il riconoscimento giuridico".

⁴⁰⁵ A este respeito, permitimo-nos remeter para MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, "Pensamento tipológico e contrato de seguro – o seguro de vida, em particular", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, I, Responsabilidade: entre passado e futuro*, FERNANDO ALVES CORREIA/JÓNATAS E. M. MACHADO/JOÃO CARLOS LOUREIRO (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 485-510, *passim*, pp. 503-504, em nota.

⁴⁰⁶ Cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de...* cit., pp. 332-333, para uma crítica exactamente ao legalismo da concepção bettiana. EMILIO BETTI, *Teoria...*, cit., pp. 176-177 e 186-189, salienta, como não podia deixar de o fazer, que a função social não pode actuar-se sem se projectar num interesse subjectivo de quem contrata; mas – o que, como vimos, foi parte substancial da crítica que conduziu à perda de protagonismo da sua tese – acaba por configurar a atenção a este interesse como um *minus face à causa tipicada*: basta que a vontade do sujeito se dirija ao resultado práctico em que a causa reconhecida se concretiza para haver recondução, sem que se atente, antes de mais, no escopo económico-social do concreto contrato.

⁴⁰⁷ Salientando que é do debate da *função económico-social* que se cura a propósito do debate tradicional em torno da causa do seguro, MARCO ROSSETTI, *Il diritto...I...* cit., p. 749.

coadunando-se com a unitariedade da respectiva regulação⁴⁰⁸. Onde o apelo a argumentos teleológicos respeitantes à finalidade prática do contrato se manifesta com grande vigor é em sede de consideração do "sentido e fim" daquele, como parâmetro de controlo da utilização de cláusulas contratuais gerais. Nesta sede, surge com grande relevo para escrutinar as disposições do contrato que possam excepcionar a cobertura do risco primário pelo segurador – assomando portanto como parâmetro material de limitação da previsão contratual de exclusões do risco⁴⁰⁹, ou das consequências jurídicas previstas para o não acatamento de *Obliegenheiten*⁴¹⁰. Teremos ampla ocasião de confirmar esta afirmação na Parte V; de momento, trataremos da determinação da causa-função que dá sentido ao tipo segurador.

Perante as dificuldades colocadas pelos seguros de vida a uma concepção estritamente indemnizatória do seguro⁴¹¹, a doutrina não deixou, ao longo dos sécs. XX e XXI, de buscar uma função económico-social unitária para o contrato de seguro. Foram para isso exploradas quatro grandes linhas.

Em primeiro lugar, a da teoria da necessidade eventual, defendida por GOBBI enquanto "teoria della soddisfazione di un bisogno eventuale a costo certo parziale"⁴¹². Através do seguro, o segurado satisfaz *o seu interesse actual de*

⁴⁰⁸ Assim, DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 1...* cit., nm. 11-12: era importante esta função de unificação do tipo à face da fragmentação que o anterior § 1 nele operava; sendo a unidade do tipo actualmente amparada pelo próprio § 1 da VVG, na versão vigente, as teorias da conformação do património e da segurança do plano, conquanto descrevam de modo acertado a função do contrato, têm um tal nível de abstracção que não trazem qualquer dado juridicamente relevante acrescido face ao que resulta já da letra da lei.

⁴⁰⁹ Cfr. por exemplo HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., nm. 74 e 81, referindo a mobilização do "Sinn und Zweck" do contrato de seguro de acidentes pessoais, de proteger contra incidentes desafortunados, para alargar a delimitação do sinistro que é referência deste contrato.

⁴¹⁰ Apenas a título de exemplo, veja-se a argumentação constante do Ac. do BGH de 18.10.1952 (II ZR 72/52), defendendo uma leitura restritiva dos pressupostos do agravamento do risco, sob pena de a protecção através do seguro se tornar em grande medida ilusória; cfr. ainda ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 403, concretizando a relevância do agravamento do risco em atenção ao "Zweck des Vertrages". Ou CHRISTIAN ARMBRÜSTER, *Das Alles-oder-nichts...* cit., p. 36, debatendo o limiar mínimo da negligência grosseira para que se possa tirar consequências da violação de "Obliegenheiten" por referência ao "Zweck der Versicherung zusammen, die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Versicherungsnehmers zu sichern". Na esfera suíça, MAX KELLER/KARL TÄNNLER, *Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, I, Allgemeine Bestimmungen*, K. J. Wyss Erben, Berna, p. 637, opondo o "Zweck der Versicherung" à previsão de hipóteses em que a perda do direito actuasse independentemente de culpa.

⁴¹¹ Cfr., quanto ao tema, o nosso MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida...* cit., pp. 338 e ss., que no fundamental retomamos e para o qual nos permitimos remeter.

⁴¹² Já antes, mas também em ULISSE GOBBI, "Osservazioni..." cit., pp. 259-263, relativizando já a crítica que lhe haviam dirigido os autores que enfatizavam a necessidade de distinguir entre o tipo de

adquirir segurança face a acontecimentos eventuais que podem provocar-lhe uma desvantagem patrimonial, fazendo surgir novos encargos ou reduzindo os meios existentes. O sujeito efectua, pois, uma prestação actual certa – correspondente apenas a uma percentagem da perda total incerta –, obtendo em troca, para si ou para os sujeitos em favor dos quais dispõe, a *libertação da incerteza* de vir a sofrer tais efeitos patrimonialmente negativos: obtendo imediatamente em troca segurança face a tal incerteza. A tese de GOBBI foi recebida e em grande medida popularizada por MANES⁴¹³, conhecendo muito considerável adesão nas décadas seguintes entre a doutrina dos países de origem dos dois autores⁴¹⁴. Nesta esteira, afirmou-se na doutrina alemã a distinção entre o *modus* da satisfação dessa necessidade: *concreto*, no caso dos seguros de danos, subordinando-se a prestação do segurador ao princípio indemnizatório; e *abstracto*, no caso dos seguros de pessoas, efectuando o segurador a sua prestação sem atender a se, e em que medida, se tinha efectivamente produzido uma necessidade na esfera do segurado⁴¹⁵.

Partindo deste enquadramento, DONATI procurou juridificá-lo e torná-lo mais preciso, relançando, em novas bases, a *(nova) teoria indemnizatória*⁴¹⁶. O dano é aqui entendido como a lesão de um interesse, ao modo da perturbação eventual do património – *rectius*, da esfera, já que dá relevo autónomo ao dano de um bem da personalidade – de que se diz na teoria antes exposta. O erro da teoria indemnizatória tradicional tinha estado em assentar a sua avaliação no sinistro, em lugar de a assentar *na transferência do risco*. Analisando-se *o risco como*

necessidade associada aos seguros de danos e a associada aos seguros de vida; cfr. ainda pp. 254-255, dando um elucidativo exemplo, ao gosto da época, sobre a não confundibilidade entre o carácter venturoso de um evento e as suas consequências patrimonialmente desvantajosas: pense-se no convite para um baile (venturoso) que obrigue a senhora a mandar fazer um vestido novo (causando uma consequência negativa no património da convidada).

⁴¹³ Já assim ALFRED MANES, *Versicherungswesen 1905*, cit., pp. 1-6

⁴¹⁴ Assim, na Itália, CAMILLO VITERBO, "Il contratto d'assicurazione", *RDComm*, 1, 1932, pp. 40-64, pp. 61-64; FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, "Funzioni delle assicurazioni private e delle assicurazioni sociali", in *Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Assicurazioni, II*, AIDA (coord.), Dott. Antonio Giuffrè, Milão, 1963, pp. 523-538, pp. 525-529, concretizando a satisfação desse interesse actual numa função de previdência; na esfera alemã, cfr. sobretudo ERNST BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, cit., pp. 51-52; ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., pp. 98 e 103-104.

⁴¹⁵ ERNST BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, cit., pp. 51-52; ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., pp. 98 e 103-104.

⁴¹⁶ ANTIGONO DONATI, *Trattato...II*, cit., pp. 18 e ss. Para outra tentativa de refundação da teoria indemnizatória, fincada no reconhecimento de uma efectiva função ressarcitória ao seguro de vida face ao dano correspondente à perda ou diminuição da capacidade reditícia do sujeito, LUCA BUTTARO, "Moderni Orientamenti sul Concetto Giuridico di Assicurazioni nella Dottrina Italiana", in *Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Assicurazioni, I*, AIDA (coord.), Dott. Antonio Giuffrè, Milão, 1963, pp. 277-300, pp. 287 e ss.

possibilidade de dano, ver-se-ia que com a sua transferência (hoc sensu, das suas consequências) o contrato cumpria já a sua função de protecção contra o dano. A referência a um dano provocado pelo sinistro, pacífica em relação aos seguros de danos, movia-se ainda dentro dos quadros do conceito de indemnização no ordenamento italiano – admitindo este a presunção iuris et de iure de dano (vg., no caso dos juros moratórios), ou a sua determinação convencional (vg., face à cláusula penal) em caso de dano efectivo, mais ainda o admitiria quando se tratasse de mero dano eventual.

Outras teses, afirmadas já antes da nova proposta indemnizatória e reafirmadas em várias sedes depois desta, acolhem-se simplesmente a uma ideia de *transferência do risco*⁴¹⁷. De um modo genérico, estas teses concebem o risco como a possibilidade de um evento incerto apto a provocar consequências desfavoráveis na esfera de um sujeito. O seguro será, assim, o contrato pelo qual o segurador toma a seu cargo as consequências económicas de um determinado risco que impenda sobre o segurado, obrigando-se a efectuar uma prestação em caso de ocorrência de tal evento incerto. Em troca da prestação certa que efectua, o segurado adquire, pois, a *liberação da sua esfera de tal incerteza ou, pela positiva, a certeza da cobertura do risco.*

A mesma afirmação precoce e contínua revivescência conheceu a teoria hoje dominante entre a doutrina alemã, originariamente cunhada por SCHMIDT-RIMPLER como teoria da conformação do património ("Vermögensgestaltungstheorie") e desenvolvida, no plano económico, por BRAEß, enquanto teoria da segurança do plano ("Plansicherungstheorie")⁴¹⁸. Nas suas versões mais recentes e depuradas, a tese de SCHMIDT-RIMPLER aponta ao contrato de seguro a função central de assegurar que se efectivam certos objectivos de conformação patrimonial do sujeito

⁴¹⁷ Cfr. BENEDETTO FARSACI, "Le teoriche sul contratto di assicurazione", *Assicurazioni*, 1, 2007, pp. 57-91, pp. 85 e ss.; VITTORIO SALANDRA, "Dell'assicurazione", in *Commentario del Codice Civile, Libro Quarto, Delle Obbligazioni, Art. 1861-1932*, ANTONIO SCIALOJA/GIUSEPPE BRANCA (coord.), Nicola Zanichelli Editore/Soc. Ed. del Foro Italiano, Bolonha/Roma, 1966, pp. 172-454, pp. 182-183 e 185-186, que retrata exactamente esta aquisição de segurança, em ordem ao cumprimento pelo contrato de uma função de previdência face a um evento apto a criar uma necessidade económica na esfera do segurado ou terceiro (*sic*), é tipicamente aqui enfileirado. Antecipando considerações que faremos de seguida em texto, e recordando o texto de Gobbi de 1936, logo por aqui se vê a falta de diferença material entre esta tese e a teoria da necessidade eventual.

⁴¹⁸ A atenção parece ter-se focado nesta depois do trabalho de MEINRAD DREHER, *Die Versicherung...* cit., pp. 40 e ss. Actualmente, seguem-na, por exemplo, ERWIN DEUTSCH, *Das neue Versicherungsvertragsrecht mit dem Text des VVG 2008, Ein Grundriss*, Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2008, pp. 10-11; JÜRGEN PRÖLSS, § 1, cit., nm. 3 e ss.; DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 1...* cit., nm. 11-12; refere-a entre outras funções económicas conexas que aponta ao seguro (vd. *infra*) CHRISTIAN ARMBRÜSTER, *Privatversicherungsrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2013, pp. 55-60.

que contrata. O autor parte da consideração de que os sujeitos têm certos objectivos face à configuração do seu património – pretendendo que este se encontre livre de certos encargos ou que atinja certo montante –, os quais podem ser postos em causa por eventos incertos com relevância patrimonial. Ora, a função do seguro era exactamente, em troca do prémio, *garantir que tal conformação patrimonial visada se atingisse, obrigando-se o segurador a efectuar uma prestação em caso de ocorrência de um evento incerto com incidência patrimonial*. Por motivos de certeza e praticabilidade, essa finalidade subjectiva de conformação patrimonial poderia ser servida através da objectivização do valor em causa, admitindo o autor a plena compatibilidade com a sua tese da determinação de um valor da prestação não determinado pela extensão concreta do desvio⁴¹⁹. Similar é a tese de BRAEB, segundo a qual a função do seguro é a de compensar os segurados face às perturbações dos seus planos económicos – perda de receitas ou aumento de despesas – desencadeadas por eventos incertos⁴²⁰. O autor salienta que não é procedente, ao contrário do que o pretende o entendimento tradicional dos seguros de activos e de passivos, descrever os seguros através da consideração estática dos dados patrimoniais – tal seria forçado relativamente a figuras como o seguro a valor novo. O que mostrava relevo descritivo da utilidade aportada pelo seguro era a *consideração dinâmica da situação económica do segurado*, através do instrumento não do balanço, mas do *plano económico*. O seguro visaria, pois, fazer face a um desvio face a um plano económico, ganhando, pois, relevo a referência a uma diminuição das receitas ou a um aumento das despesas esperadas.

Para quem reconheça ao contrato um sentido unitário – o que se tornou predominante nos ordenamentos português e alemão⁴²¹ – e se pergunte por um *sentido económico que explique essa unidade histórica e regulatória de sentido*, o significado imputado a cada umas das teses acaba por coincidir, independentemente

⁴¹⁹ W. SCHMIDT-RIMPLER, "Zum Begriff der Versicherung", *VersR*, 21, 1963, pp. 493-505, pp. 493-500.

⁴²⁰ PAUL BRAEB, "Elemente einer dynamischen Versicherungskonzeption aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht", *ZVersWiss*, 1970, pp. 1-15, especialmente pp. 4-9.

⁴²¹ À luz da formulação dualística do § 1, I, da anterior VVG, foram inicialmente de relevo as tomadas de posição dualísticas – ERICH PRÖLSS, *Versicherungsvertragsgesetz*, C. H. Beck'sche, Munique/Berlim, 1935, p. 11; ALBERT EHRENZWEIG, *Versicherungsvertragsrecht I...* cit., pp. 100-102. Não se mantiveram, porém, prevalentes – como vimos, a construção da unidade sistemática que esta formulação recusava ao seguro era tida como o mérito central das teorias sobre a função do contrato – DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § I...* cit., nm. 11-12 –, sendo a sua utilidade em grande medida superada com a redacção do actual § 1.

dos termos preferidos para a sua formulação⁴²². Trata-se aqui de uma *transferência de risco em sentido material*, que é o mesmo que dizer que se acorda na cobertura de uma necessidade eventual, ou da compensação face ao desvio da situação patrimonial do sujeito em relação ao seu plano económico, podendo tal ainda ser tido como um escopo "indemnizatório", se o dano for concebido em termos impróprios – ao modo exactamente de uma necessidade eventual. Centrais são, pois, as *noções de risco e de interesse*: e estas valem em relação a seguros indemnizatórios ou de capitais, sendo a fragmentação do contrato em dois tipos de sentido diverso artificiosa e indutora de incompreensões face à regulação conjunta das várias manifestações do contrato⁴²³⁻⁴²⁴. É por referência a este núcleo de sentido

⁴²² Salientando essa confluência, vg., CHRISTOPH BRÖMMELMEYER, "§ 1", cit., p. 63. É pertinente recuperar a frase com a qual ULISSE GOBBI, "Osservazioni...", cit., p. 260, inicia o excuro no qual rejeita a diferença entre a sua tese e a tese de Hupka, que encontra a função do seguro na necessidade de segurança ("Sicherungsmotiv"): "Non giova molto all'analisi scientifica il concentrare una teoria in una frase".

⁴²³ FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, "Funzioni delle assicurazioni private e delle assicurazioni sociali", cit., pp. 525-529; JÜRGEN PRÖLSS, § 1, cit., nm. 3: nem se veria, de outro modo, porque estaríamos sempre aqui na presença de seguros. Como começámos por dizer, à doutrina alemã tem parcialmente escapado a afirmação do papel transversal do interesse enquanto centro de referência do contrato – embora esta noção seja exactamente o pressuposto para a afirmação da função de segurança cumprida pelo contrato, que permite a sua concepção unitária. Por isso mesmo não se apartam significativamente das de que dizemos em texto as considerações tecidas já por VICTOR EHRENBERG, *Versicherungsrecht*, cit., pp. 7, 9-11, 57-61, dado o protagonismo que este confere ao conceito de interesse enquanto eixo de sentido do contrato de seguro, por contraposição à aposta.

⁴²⁴ O ordenamento italiano parece insistir numa fragmentação do contrato de seguro, orientando-se a doutrina mais recente no sentido da separação entre uma causa-função própria dos seguros de danos e identificada com a teoria indemnizatória estrita e uma causa função diversa assacada aos seguros de vida e tipos a eles ordenados, tendo aí especial destaque a função de previdência (assim, Corrias, como diremos de seguida; bem assim, salientando ainda que a função do seguro tem que se realizar através da técnica específica da mutualidade, MARCO ROSSETTI, *Il diritto...I...* cit., pp. 750-751) ou mesmo de poupança (AGOSTINO GAMBINO, "Assicurazione, I) Assicurazione in generale", in *Enc. Giur.*, Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1988, pp. 1-20, p. 3) – cfr. LEONARDO BUGIOLACCHI, "L'assicurazione sulla vita, Introduzione, la natura del contratti ed il rischio assicurato", in *Le assicurazioni private, III*, GUIDO ALPA (coord.), UTET Giuridica/ Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2006, pp. 2517-2532, pp. 2522-2523. Uma tese desenvolvida e recentemente apresentada nesse sentido é a de PAOLOEFISIO CORRIAS, *Garanzia...* cit., pp. 23 e ss., 253-269 e 275-276, posteriormente aprofundada em PAOLOEFISIO CORRIAS, "La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?", *RDC*, 1, 2013, pp. 41-76, especialmente pp. 56 e ss. PAOLOEFISIO CORRIAS, "La causa...", cit., pp. 56, 70 e 73, reconhece a referência unitária do contrato de seguro à incerteza quanto a um evento futuro e a um interesse, considerando mesmo que o contrato de seguro é identificado pelo risco de um evento futuro e incerto, idóneo a determinar o surgimento de uma necessidade económica do segurado atinente a *interesses e valores socialmente relevantes*. Este sublinhar da necessária relevância social dos interesses servidos pelo contrato é fundamental para perceber a insistência do autor em separar o contrato de seguro em dois tipos diversos, com características estruturais análogas mas profundamente distintos do ponto de vista funcional. O autor considera (pp. 68-69) que o ordenamento italiano exprime uma desconfiança de base em relação aos contratos aleatórios, repugnando-o que se persiga um incremento patrimonial sem o correspondente sacrifício, ou com um sacrifício modesto face ao possível ganho. De tal reprovação isentavam-se os seguros de danos, já que não tinham *causa lucrandi*, destinando-se, dada a vigência do princípio indemnizatório, a cobrir apenas riscos puros: a *causa indemnizatória* seria, pois, a marca de água dos seguros de danos. De tal reprovação não escapavam já os seguros de vida,

que podiam dar lugar a pagamentos que significassem um ganho para o beneficiário. Haveria, pois, que identificar qual a razão que determinava o merecimento por estes de tutela (cfr. pp. 61-69): estes seriam, tolerados pelo ordenamento em vista da utilidade social que lhes estava associada, por servirem uma função previdencial. No discorrer do autor, para além do seguro de danos, o *Codice* regula o seguro de vida, dando apenas duas indicações a esse respeito: a da extrapatrimonialidade dos interesses tutelados e a da liberdade na determinação da prestação. Já com base na interpretação literal desta fonte, o autor vê espaço para identificar no seguro de vida um tipo de recolha dos seguros atinentes à vida humana. Esta leitura é complementada com a referência ao art. 38.º da Constituição italiana, que prevê o direito fundamental à segurança social. Apoiando-se no facto de a norma abrigar também a referência aos expedientes privados de cobertura das necessidades de previdência social, o autor retira dela a sede para a *causa dos contratos com função previdência privada* (ver já a referência a esta função em PAOLOEFISIO CORRIAS, *Garanzia...* cit., pp. 275-276), sendo o mérito da causa reconhecido e tipificado não a nível ordinário, mas constitucional. Esta norma constitucional integra a *fattispecie* ordinária para criar o tipo "contrato de previdência", referido à protecção em caso de velhice, acidente, doença, invalidez e desemprego involuntário. Dada a dignidade desta função, o contrato goza, sempre segundo o autor, de especial favor, privilegiando o beneficiário com uma vantagem patrimonial e nos quadros de um regime de especial favor, já que retira o benefício atribuído da concorrência dos credores comuns ou hereditários. Assim, havia que vigiar pela manutenção da causa sob pena de perda desse mérito de tutela: em tudo em que a prestação efectuada ultrapassasse os meios necessários "às exigências de vida", tal favor deveria ser recusado, parecendo aliás o autor ter como defensável a solução segundo a qual, tanto os prémios, como a própria prestação deveriam ser reduzidos na medida das exigências que o contrato é apto a satisfazer caso as ultrapassassem, já que tal permitia a conservação do contrato mas apenas dentro do princípio da "meritevolezza" nos contratos aleatórios. Esta visão bipartida do contrato de seguro prende-se com as premissas metodológicas de que o autor parte, considerando que, havendo um tipo unitário de seguro, então todas as normas do Código civil que se referem ao seguro seriam aplicáveis por via directa e não analógica a qualquer contrato que se pudesse ter como de índole estritamente seguradora; havendo dois tipos, é da qualificação sob um ou outro que depende tal aplicação directa, havendo aplicação analógica das normas do outro tipo. No caso de haver confluência de qualificações – quando o contrato seja apto a realizar ambas as funções –, prevalece a previdencial, dada a maior relevância dos interesses que tutela. Isto mesmo estaria documentado no facto de o seguro que tutela face ao evento morte, preenchendo as duas funções, ser qualificado pelo legislador como seguro de vida. Assim, para o autor o próprio seguro de despesas médicas é um seguro previdenciário, valendo para ele as regras do seguro de vida: nele, as partes, em atenção a uma ponderada avaliação dos próprios interesses, e não ao princípio indemnizatório, haviam decidido determinar a prestação *per relationem*, por referência às despesas médicas efectivamente suportadas.

É uma visão que não se pode acompanhar – desde logo, nos seus pressupostos metodológicos ou na fundamentação para a restrição da autonomia privada a que procede (e que duvidamos que no ordenamento italiano possa ser aceite sem polémica). Tendo-se por improcedente quer a qualificação do contrato *a priori*, independentemente de ser analisado o conteúdo da vontade das partes no sentido de configurar o contrato como indemnizatório ou de capitais, quer a consequência eminentemente distinta da aplicação em bloco de um ou outro regime, cai logo pela base um dos pilares de tal construção. O carácter artificioso da metodologia está, aliás, bem patente na recuperação enviesada, para os seguros de despesas médicas, do carácter indemnizatório *a priori* negado. De resto, não se vê – nem o autor demonstra cabalmente – que se manifeste a dita desconfiança em relação aos contratos aleatórios em que a um modesto sacrifício possa corresponder um grande ganho – tal implicaria, por exemplo, a condenação do mecanismo subjacente às sociedades por acções. Não é afirmação que se possa fazer levemente em ordenamentos em que os contratos derivados puramente especulativos são (por mais que a solução se possa ter por questionável no plano da política legislativa) vinculativos; note-se que o próprio PAOLOEFISIO CORRIAS, *Garanzia...* cit., pp. 282-283, tendo que se confrontar com a licitude de *swaps* puramente especulativos à face do ordenamento italiano, acolhe-se a um puro argumento de autoridade jurídico-positivo: à face da lei, é admitida como socialmente útil, ou, ao menos, lícita, a actividade de conclusão de contratos derivados sem titularidade das relações jurídicas subjacentes. Nem, de resto, a celebração de contratos com prestações não contidas dentro do parâmetro da "adequação às exigências de vida" – que nem se vê como poderia aqui valer, já que muitos dos seguros de capitais de escopo previdenciário configuram liberalidades (além de quadrar mal com a afirmação pelo autor de que se tutelam por esta via interesses extrapatrimoniais) –, quando existe um risco em sentido

que, quem se usa também os termos "função de segurança" ou "função de previdência"⁴²⁵. O Direito pátrio é, aliás, exemplar a este propósito: desde que o contrato de seguro vem sendo legislado em termos gerais, vem-no sendo enquanto figura unitária e ancorada na referência a um interesse – cfr. o art. 1675.º do Código Ferreira Borges; o art. 428.º, § 1.º, e 456.º, corpo, do Código Veiga Beirão e o art. 43.º do RJCS.

É fundamental a estas várias teses a afirmação de que o contrato *produz a sua utilidade com o início da cobertura*, independentemente de vir ou não a ocorrer um dano: basta, por um lado, a aptidão do evento incerto a provocar consequências desfavoráveis na esfera do segurado – *não tendo a prestação efectuada que se medir por elas em todos os casos* –; e a *garantia de que tais consequências potenciais não incidirão sobre a esfera do segurado tem, em si, valor económico*⁴²⁶. Tal segurança é servida pelos caracteres estruturais do contrato, que põem em marcha a transferência das consequências do risco para a esfera do segurador, o que também se pode descrever como o seu dever de assegurar protecção perante de tal

material ligado ao contrato, os converte em contratos especulativos. Por último, não se vê qual o privilégio que existe na subtracção da prestação dirigida ao beneficiário da concorrência dos credores comuns ou hereditários – trata-se aqui apenas da aplicação do regime comum do contrato a favor de terceiro, em face do qual os credores hereditários gozam dos regimes da colação e redução por inoficiosidade e os credores comuns da impugnação pauliana e expedientes análogos.

No fundo, além da ancoragem no merecimento da causa contratual, é a metodologia apriorística de recondução do contrato a um regime legal (vemo-la amplamente reeditada na doutrina italiana a propósito do seguro de acidentes) que leva o autor a pedir demasiado da causa, impedindo que se fique pela consideração, que chega a fazer textualmente, segundo a qual o contrato se identifica logo como seguro quando referido ao risco de um evento futuro e incerto, idóneo a determinar o surgimento de uma necessidade económica do segurado.

⁴²⁵ A primeira é moeda corrente na doutrina alemã; na doutrina suíça, cfr. MAX KELLER/KARL TÄNNLER, *Kommentar...* cit., pp. 229-232, reportando-se a um "Sicherungszweck" relativo à vida económica do segurado. Quanto à função de previdência neste sentido, reportada ao contrato de seguro na sua generalidade, VITTORIO SALANDRA, "Dell'assicurazione", cit., pp. 185-186.

⁴²⁶ Por isso não procede a crítica de ALBERT EHRENZWEIG, *Versicherungsvertragsrecht I...* cit., pp. 101-102, face à teoria da necessidade eventual, considerando o autor que o apelo a uma necessidade abstracta se tornava completamente vazio (se algum juiz efectivamente a controlasse, cairia a maioria dos contratos por terra): o traço unificador é o da potencialidade das consequências danosas, tendo valor a sua transferência enquanto potencialidade, e não a sua efectividade. E tão pouco procedem as críticas à teoria da necessidade eventual que lhe atribuem carácter estático, por oposição a um carácter dinâmico das teorias da segurança do plano ou da conformação do património, orientadas estas últimas por um desvio face a um objectivo, e não face a uma situação actual (assim, HORST BAUMANN, "§ 1", cit., p. 290; JÜRGEN PRÖLSS, § 1, cit., nm. 3-4). Repitamos: o que importa, face a umas e outras teorias, é a *aptidão, avaliada no momento da contratação*, do evento incerto para vir a gerar, quando ocorra, uma necessidade ou um desvio face ao plano (cfr. ULISSE GOBBI, "Osservazioni...", cit., pp. 258-259, bem como a alusão de Bruck e Möller à necessidade abstracta). Tanto para umas, como para outras, o efectivo desvio face a um plano ou a criação efectiva de uma necessidade não são efectivamente confirmados no momento do sinistro, quando estejam em causa seguros de somas; e são-no, ao invés, quando estejam em causa seguros de carácter indemnizatório. A insistência no carácter dinâmico de umas teses face a outras é, pois, retórica. O desvio face ao plano não é materialmente diverso da produção de consequências desfavoráveis na esfera do sujeito, o que se pode ainda definir como necessidade eventual.

eventualidade⁴²⁷. De resto, não se procura, com a identificação da função económico-social do contrato, um método de individuação do tipo, mas apenas determinar qual o ponto de fuga da regulação, valendo este como um factor a ter em conta, a par de outros, na qualificação. A partilha de causa-função com outros tipos – vg., com a renda vitalícia ou os contratos de garantia – não causa, pois, estranheza⁴²⁸.

Firmado o significado substancial da discussão, não vemos motivo para nos afastarmos da *teoria da transferência do risco*, já com tradição na doutrina portuguesa⁴²⁹. Esta coloca no centro a categoria do risco, efectivamente incontornável na descrição do fenómeno económico e jurídico do seguro. Ao contrário de teorias que assentam na referência ao património do segurado, tem ainda a vantagem de acolher a referência ao seguro de interesses extrapatrimoniais.

É, pois, este o sentido unitário do tipo contratual do seguro enquanto modelo regulatório. Retomando, porém, a tensão que assinalámos acima entre os vários sentidos da palavra "tipo", salientemos que este modelo regulatório abstracto apenas se precipita no concreto através da cobertura de riscos determinados⁴³⁰ – dos quais tomamos aqui como casos exemplares o seguro de cobertura do risco de acidentes pessoais e o de cobertura de riscos para a saúde.

É este *sentido económico-jurídico* da transacção que fornece o ponto de fuga da compreensão da *distribuição de riscos própria do contrato de seguro*, surgindo

⁴²⁷ Desde logo, a estrutura distingue este contrato do mero auto-seguro – cfr. MEINRAD DREHER, *Die Versicherung...* cit., p. 45.

⁴²⁸ MEINRAD DREHER, *Die Versicherung...* cit., pp. 50-51; JÜRGEN PRÖLSS, § 1, cit., nm. 6.

⁴²⁹ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 663, apesar de defender uma tese dualista, considera que a transferência de risco surge como elemento unificador dos dois tipos – de danos e de pessoas – que vê no contrato; FRANCISCO GUERRA DA MOTA, *O contrato de seguro terrestre, I*, Athena, Porto, s/d, p. 223; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Contrato de seguro e seguro de crédito", in *II Congresso Nacional de Direito dos Seguros, Memórias*, ANTÓNIO MOREIRA/M. COSTA MARTINS/TERESA COELHO MOREIRA (coord.), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 27-53, p. 31, propendendo no sentido da teoria da transferência do risco, e acolhendo-a decisivamente em ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito...* cit., p. 542. Não se apartam materialmente do que dizemos em texto as considerações de MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...* cit., pp. 249 e ss., embora a autora se acolha à teoria da necessidade eventual.

⁴³⁰ Não é muito diferente o que conclui GIANGUIDO SCALFI, "Dalla classificazione dualistica alla concezione pluralistica dei contratti di assicurazione: contratto o contratti di assicurazione?", *Assicurazioni*, 3, 1995, pp. 143-149, pp. 147-149: quando se centra a atenção no risco coberto, torna-se claro que não há um "contrato típico" de seguro: há, sim, concretizações numa variedade de tipos, correspondentes à cobertura de diferentes riscos. Mas quando erguemos os olhos para um grau maior de abstracção, encontra-se a estrutura que compreende todos esses tipos e à qual correspondem, em abstracto, os elementos estruturais do contrato – para o autor, risco e prémio –, mas também uma *função concebida em abstracto* – a de garantir. Esta torna-se concreta em articulação com riscos específicos – na garantia de riscos para a vida, a saúde, riscos de furto, ...

como via de emergência da *materialidade subjacente à relação jurídica e prática das estipulações contratuais* – marcadamente, *das que possam excepcionar a cobertura do risco primário pelo segurador, quer se trate de exclusões de risco, quer de exigências de conduta ligadas ao risco que possam limitar a cobertura*⁴³¹.

Ora, em relação a uma ou a outra dessas limitações de cobertura, tem-se vindo a convocar o sentido e fim do seguro com vista à inclusão na cobertura de riscos que promanam da conduta do segurado. Perante a complexidade e rapidez da sociedade actual, onde a sobreposição de esferas é uma constante, as possibilidades de actuações e decisões não ponderadas mostram-se também em permanência. Como tal, para se lograr este fim, o seguro *deveria proteger o tomador das consequências da sua desatenção ou descuido*, já que, ninguém se furtando à possibilidade de assim proceder, tal protecção *seria necessária a e expectável por um tomador prudente*. Como tal, as possibilidades de limitação da cobertura por valoração da conduta do segurado em relação ao risco estão por sua vez limitadas pela *finalidade de segurança* em relação à *vida económica do segurado* que o contrato de seguro serve, ("Sicherungszweck")⁴³². Trata-se aqui da *garantia da liberdade económica de disposição do segurado*, permitindo que este desenvolva os seus planos económicos com base em expectativas legítimas quanto à cobertura contratada⁴³³.

Esta função económico-social do contrato, dotada de relevo jurídico, explica-se na produção de vários efeitos económicos tendenciais. Estamos aqui perante vias

⁴³¹ Surgindo portanto como parâmetro material de limitação da previsão contratual de exclusões do risco – cfr. por exemplo HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., nm. 74 e 81, referindo a mobilização do "Sinn und Zweck" do contrato de seguro de acidentes pessoais, de proteger contra incidentes desafortunados, para alargar a delimitação do sinistro que é referência deste contrato – ou das consequências jurídicas previstas para o não acatamento de *Obliegenheiten*. Quanto a este último ponto, apenas a título de exemplo, veja-se a argumentação constante do Ac. do BGH de 18.10.1952 (II ZR 72/52), defendendo uma leitura restritiva dos pressupostos do agravamento do risco, sob pena de a protecção através do seguro se tornar em grande medida ilusória; cfr. ainda ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 403, concretizando a relevância do agravamento do risco em atenção ao "Zweck des Vertrages". Na esfera suíça, MAX KELLER/KARL TÄNNLER, *Kommentar...* cit., p. 637, opondo o "Zweck der Versicherung" à previsão de hipóteses em que a perda do direito actuasse independentemente de culpa.

⁴³² MAX KELLER/KARL TÄNNLER, *Kommentar...* cit., pp. 229-232.

⁴³³ CHRISTIAN ARMBRÜSTER, *Das Alles-oder-nichts...* cit., p. 36, debatendo o limiar mínimo da negligência grosseira para que se possam tirar consequências da violação de *Obliegenheiten* por referência ao "Zweck der Versicherung zusammen, die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Versicherungsnehmers zu sichern". Também na doutrina francesa se acena com raciocínios atinentes ao fim do contrato para bloquear possibilidades de conformação contratual. Embora sem reconduzir as afirmações a uma categoria jurídica específica, Leduc *in* HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 520-522, invoca a função primeira do contrato que é a de servir uma necessidade psicológica de segurança, como argumento para rejeitar a validade de um dever geral de prevenção do sinistro a cargo do segurado.

de densificação do sentido prático-económico do contrato – dos resultados económicos que, *em abstracto*, o contrato deve ser apto a produzir e que são *ancilares na compreensão do que é legitimamente pretendido pelo sujeito que transfere o risco para o segurador*⁴³⁴. Estão nestas condições a dita função de (libertação de) liquidez ("Liquiditätsfunktion"), no fundo sinónima de uma função de alargamento das possibilidades de actuação ("Erweiterung von Handlungsspielräumen"), manifestando-se numa função de promoção da inovação ("innovationsfördernde Funktion") . É por o segurado trocar uma perda incerta futura por uma perda certa actual que *logra retirar essa incerteza da sua esfera, podendo planificar a sua actividade económica*. E que logra ainda *libertar recursos de valor correspondente à perda total, que teria, de outro modo, que manter provisionados, ou que não teria sequer disponíveis na sua totalidade*, podendo, assim, *proceder ao seu investimento*, bem como *arcar com a incerteza acrescida inerente a negócios inovadores* (e tornando-se um melhor candidato ao crédito e ao investimento).

Não é de mais sublinhar, porém, que estes efeitos *não se confundem com a função económica que dá sentido à conjugação dos efeitos jurídicos do contrato*. Estes são *auxiliares na configuração de uma função económico-social pensada para o conjunto do tipo* – mas, ao contrário do que acontece face à transferência do risco (ou cobertura de uma necessidade eventual, se se quiser), o contrato *não perde sentido se estas finalidades não forem conseguidas*. Ao passo que a função económico-social do contrato dialoga com todas as manifestações concretas do contrato de seguro, aqueles seus corolários económicos não têm de estar presentes em todos os casos⁴³⁵. Ao dar-lhes atenção no *plano do contrato concreto*, estaremos já, sim, no plano da *valoração do próprio contrato*, a dar relevo à *materialidade que lhe subjaz*, relevantemente para efeitos de *interpretação teleológica do mesmo* – permitindo relevar a "economia do contrato" através da função interpretativa e

⁴³⁴ Cfr. CHRISTIAN ARMBRÜSTER, *Privatversicherungsrecht*, cit., pp. 55-60, apontando estas várias funções a par da função de segurança, sem fazer uma demarcação entre causa-função do contrato e os efeitos económicos que esta é apta a produzir. Também JÜRGEN PRÖLSS, § 1, cit., nm. 5, considera a função de liquidez como um componente da função de segurança, rejeitando valor jurídico apenas à função de promoção da inovação. Cfr. ainda HORST BAUMANN, "§ 1", cit., p. 289. A sistematização seguida em texto é, pois, nossa.

⁴³⁵ Se não há afinal libertação de liquidez – porque o segurado simplesmente não teria recursos excedentes do prémio que entrega para conservar em saldos líquidos para o caso de ocorrência de um evento incerto danoso –, o contrato não cumpre menos o seu escopo. Isto procede mais ainda face à função de promoção da inovação: a generalidade dos seguros contratados no quadro do consumo, não relacionados com riscos profissionais, não tenderá a ter correlação com tais efeitos.

integrativa da boa fé⁴³⁶.

Outras funções destacadas nesta sede pela doutrina alemã não são já sequer atinentes aos ulteriores efeitos económicos positivos que o segurado obtém através do seguro, mas sim às externalidades positivas da celebração do contrato. No plano jurídico, valem como argumentos de política legislativa no sentido da tutela e promoção do contrato de seguro e eventual imposição da sua celebração obrigatória. As três funções anteriormente referidas podem também ser reconduzidas a esta sede, quando vistos os seus efeitos num plano macroeconómico, de promoção do investimento e inovação no agregado. A aplicação da função de segurança do plano aos riscos cuja concretização provoca a ruína económica dos sujeitos desonera o Estado da intervenção directa em tais eventualidades, tendo grande relevo no plano da política económica e social.

Refere-se ainda a este propósito uma função de diminuição da exposição ao risco ("Verminderung von Risiken"), com um duplice sentido. Por um lado, no âmbito da celebração de contratos de seguro, uma vez que os seguradores impõem, por via do recorte dos contratos, condutas de diminuição do risco aos seus co-contratantes: condicionando a contratação a certas características associadas a riscos menores (vg., não fumar) ou impondo ao segurado deveres de prevenção do risco. Por outro lado, como um efeito da existência de um mercado de seguros, independentemente da aquisição de cobertura. Os preços das coberturas fornecem informação sobre o grau de risco de certas actividades, sinalizando algumas como perigosas. Tal poderá desincentivar os sujeitos de empreender actividades socialmente arriscadas e/ou incentivar os Estados a adoptar medidas para garantir o afrontamento de certos riscos para os quais não há um mercado eficiente.

b. Transferência de um risco em sentido material e cobertura de sinistros dolosamente causados ou ampliados pelo sujeito

A consideração desta causa-função do contrato de seguro permite-nos ainda reproporcionar um argumento tradicional – e ainda maioritariamente – esgrimido no quadrante francês para justificar o regime da causação dolosa, podendo ainda ser alargado ao regime do salvamento: o de que assim se poria em causa a aleatoriedade

⁴³⁶ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, ""Economia...", cit., pp. 971-974.

que é necessário apanágio do contrato de seguro⁴³⁷. Em apoio deste argumento surgem, em versões mais elaborados, argumentos igualmente essencialistas, mas de natureza económica e não jurídica. Considera-se – em pressuposição da técnica seguradora tradicional – que um facto doloso não poderia ser coberto por contrariar a característica da acidentalidade que é caractere necessário dos riscos que a técnica seguradora permitiria cobrir. Assim, o risco de provocação dolosa do sinistro deveria ser tido como insegurável.

Não distantes destes – embora se coloquem em sede funcional, e não estrutural – estão os argumentos que têm a cobertura de factos dolosos por ilícita, quer por contrariedade em relação à causa-função do contrato – o sujeito que atentasse dolosamente contra os bens seguros demonstrava não ter neles interesse⁴³⁸ –, quer por replicar a estrutura de uma ilícita condição potestativa⁴³⁹.

Na verdade, estas várias as linhas argumentativas deixam-se rebater com alegações similares, em qualquer caso atinentes à causa-função do contrato de seguro. Deve começar por salientar-se que tanto o sentido prático-económico de um concreto contrato, bem como a sua estrutura – para o que aqui releva, a sua aleatoriedade – se aferem *a priori*. Estas são atinentes ao contrato como criação de um quadro regulatório que vincula as partes num horizonte posterior ao da respectiva conclusão, e não à descrição do *modus* de processamento da execução contratual. Ao mobilizar uma ou outra das categorias apenas podemos, pois, *estar a avaliar o contrato e a medida em que este bloqueia ou incentiva as condutas em causa* – nenhum dos operadores é já prestável para avaliar as próprias actuações sobre o risco.

Ora, a invocação da invalidade da convenção, por atentar contra uma característica necessária da aleatoriedade contratual é de rejeitar, por mostrar fragilidades a vários níveis. Em primeiro lugar, não parece que a questão deva ser

⁴³⁷ Este é o entendimento da Cour de Cassation – cfr. JÉRÔME KULLMANN, "Anotação aos acs. da Cour de Cassation, 3.^a Câmara Civil, de Março de 2010, 2.^a Câmara Civil, de 1 de Julho de 2010 e 2.^a Câmara Civil, de 1 de Julho de 2010", *RGDA*, 3, 2010, pp. 685-691, p. 689 (entre nós secundado por FILIPE DE ALBUQUERQUE MATOS, "Contrato de seguro – a cobertura de actos dolosos", in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, ANTÓNIO JOSÉ AVELÂS NUNES/LUÍS PEDRO CUNHA/MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 677-701, p. 683).

⁴³⁸ LUCA BUTTARO, "III. Assicurazione (contratto di)", in *Enc. Dir., III, Ari-Atti*, Dott. A. Giufrè, Milão, 1958, pp. 455-493, p. 490: ao provocar dolosamente o sinistro, o segurado mostra ter um interesse contrário à função indemnizatória do contrato, perdendo por isso o direito ao seguro.

⁴³⁹ Cfr. art. 1355 do CC italiano. É ANTIGONO DONATI, *Trattato...II*, cit., pp. 134-135, quem refere este entendimento.

equacionada em sede da nota puramente estrutural da aleatoriedade – esta é mera decorrência da categoria aqui decisiva, que é a do *risco a que o contrato de seguro deve vir referido para que se desincumba da função económico-social que o identifica enquanto tipo*. Ora, e não seria a cobertura de factos dolosos a pôr um e outro em causa, mas sim a cobertura de factos puramente potestativos. Aqui, o accionamento da cobertura encontra-se na dependência de um facto em si irrelevante – "um puro querer ou um facto completamente insignificante ou frívolo"⁴⁴⁰ –, que não constitui um filtro à pura manifestação da vontade de receber a prestação. Neste caso tocaríamos o cerne da descaracterização do contrato de seguro: estando a prestação a cargo do segurador sujeita a "condição puramente potestativa" – *rectius*, a um puro direito potestativo –, deixaria de haver qualquer referência do contrato a um risco em sentido material. E desapareceria também a nota caracterizadora da aleatoriedade – a desproporção entre as prestações que eventualmente presidisse ao contrato não decorreria da interferência de factores incertos sobre uma ou ambas as prestações, mas de o direito do segurado a receber a prestação estar apenas dependente de este a vir exigir.

A mera cobertura de factos dolosos é, porém, compatível com a existência de um risco. Não se trata aqui da manifestação de um puro querer, mas da produção voluntária de um evento que funda o dever de prestar do segurador. Ora, tal evento é à partida – ou seja, independentemente da celebração do contrato de seguro – apto a causar outras consequências, desvantajosas ou, no caso do seguro ligado a eventos venturosos, de todo o modo dissuasoras, na esfera do segurado.

Vimos aliás acima que, desde há várias décadas, se vem cobrindo sinistros pautados pela nota da voluntariedade, num aparente desafio à técnica seguradora tradicional. Na verdade, face ao elenco legal dos riscos cobertos (arts. 123.º e 124.º do RGAS), torna-se patente que a respectiva provocação intencional tem pressupostos ou associados significativos efeitos nos bens ou interesses do sujeito, directamente (ou seja, por força do próprio sinistro) ou mediante a ameaça de prossecução criminal (pense-se, vg., nos casos de homicídio ou ofensas corporais cometidos pelo beneficiário, à face dos arts. 131.º e ss e 143.º e ss. do C. Pen., num

⁴⁴⁰ Assim, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 565-566, relativamente ao evento condicionante da dita "condição" puramente potestativa, ou potestativa arbitrária. Na verdade, como conclui, ANA ISABEL AFONSO, *A condição...* cit., pp. 184 e ss. e sobretudo pp. 218-222, se o evento condicionante corresponde a um exercício arbitrário da vontade, do que se trata é não já de uma condição em sentido técnico, mas de um puro direito potestativo.

caso de fogo posto num imóvel seguro, face ao art 272.º do C. Pen., ou na possibilidade de aplicação do art. 219.º do C. Pen., atinente à burla relativa a seguros). A fazer-se um paralelo com o regime da condição, será, pois, na generalidade das hipóteses, com a condição não arbitrária, em que "o evento condicionante não é um puro querer, mas um facto de certa seriedade ou gravidade em face dos interesses em causa"⁴⁴¹.

Só em situações(-limite) *em que o contrato crie tais incentivos à causação dolosa do sinistro que sobrelevem decisivamente a desvantagem material de partida se pode dizer que o contrato deixa de vir referido a um risco material*. Nessa hipótese, destrói-se a incerteza subjacente ao contrato sobre a qual se erige a própria aleatoriedade. Aquém desta hipótese, a referência do contrato a um risco em sentido material, e a incerteza daí decorrente, não são em si incompatíveis com a cobertura de factos dolosos⁴⁴². Não é pelo simples facto de os danos causados por incêndio na habitação própria estarem cobertos que, fora de casos-limite, o segurado lançará fogo à sua casa.

Claro está que a cobertura de factos dolosos constitui à partida um incentivo significativo (mais ou menos, em função do contexto de interesses) à prática do facto em causa. Mas mesmo esse risco de sobre-accionamento lograria, muitas vezes, ser computado – ainda que estimativamente – e integrado nos prémios. O que pode já acontecer é, como vimos, que a ordem jurídica não tolere a criação desse incentivo ao atentado contra bens jurídicos. De resto, em termos de mercado, a prática de prémios elevados que permitam ao segurador financiar a cobertura de factos dolosos tenderá a levar os prémios por ele praticados a níveis elevados face aos dos demais ofertantes, o que pode tornar tal segurador vítima especialmente propícia de selecção adversa.

Mesmo quando a causação dolosa do evento se encontra coberta, a referência do contrato a um risco não desaparece. No primeiro caso, é necessário que se materialize um risco na esfera do segurado, havendo contra-incentivos à produção do sinistro. Assim, não se pode dizer que a cobertura de actos dolosos subtraia

⁴⁴¹ Assim, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pp. 565.

⁴⁴² A referência do contrato a um risco e a sua aleatoriedade dizem, de todo o modo, respeito à avaliação do contrato enquanto *lex privata* entre as partes – não fazendo, claro, sentido dizer o contrato não aleatório ou não referido a um risco apenas no momento em que um causador doloso se prevalece da cobertura; é o acolhimento desta possibilidade à partida na ordem contratual que faz do contrato – nos casos limite que referimos – não referido a um risco e não aleatório.

totalmente ao contrato a incerteza que lhe é inerente: além dos contra-incentivos geralmente presentes, abarcamos aqui muitas constelações diferentes – entre elas, por exemplo, situações em que a causação do sinistro careça de actos de terceiro para ser levada a cabo.

III. Os seguros de acidentes e de saúde no conjunto dos contratos de seguro

III. 1. Fundamentação da metodologia

Impõe-se, antes de mais, que se justifique sequer ter havido uma escolha, em lugar da apresentação de plano dos regimes previstos no RJCS, eventualmente complementada pela problematização do regime mais adequado a enquadrar a previsão de ulteriores ónus pelo contrato. Com a referência aos seguros de saúde e de acidentes pessoais, a intenção não foi a de limitar a análise do sistema construído pela lei apenas às disposições que possam ter relevo face a estes dois tipos – pelo contrário, é fundamental na presente análise a compreensão mesmo do regime das exigências de conduta legais que não valem para o seguro de acidentes e/ou para o seguro de saúde. Parece-nos porém haver ganhos em interrogar o sistema criado pela lei a partir do ângulo "enviesado" de algumas das espécies contratuais que são o objecto das normas.

Tal permite o ganho, que nos parece fundamental, de partir de uma perspectiva problemática concreta: daqueles dois tipos contratuais, tal como a lei os recorta e tal como na prática efectivamente se manifestam. Com efeito, só interrogando o todo do sistema a partir de um dos territórios da sua concretização, a um nível portanto relativamente concreto de problematicidade, poderemos testar os limites da regulação ou aperceber-nos da riqueza que ela encerra⁴⁴³. E, de particular a particular, *por confronto com a solução vigente para outros tipos de seguro*, verdadeiramente sopesar o juízo que subjaz às soluções legais. De outro modo, olhar o sistema a partir do centro tenderia a conduzir o olhar para um juízo de menor ou maior harmonia em abstracto da regulação – em detrimento de um percurso pelas suas zonas mais periféricas ou rarefeitas, onde tal regulação é efectivamente posta à prova. O escopo desta análise não deixa de ser, portanto, a compreensão do todo sistemático da regulação – o que não encerra qualquer

⁴⁴³ Em toda esta argumentação ressoam, no fundo, as mesmas razões que sustentam a pertinência do método do caso enquanto método de formação de juristas: "a análise da situação de facto escolhida [...] propicia descortinar, explicar, desenvolver e testar os critérios jurídico-normativos convocados para a respectiva solução e situá-los devidamente dentro das coordenadas mais gerais do sistema" – MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil, Responsabilidade civil, O método do caso*, Almedina, Coimbra, , p. 136. Metodologia que – sublinha-o o texto, logo na p. 137 – exige o complemento do ensino sistemático do Direito, no seu fundamento e travejamento – o que fornece mais uma ilustração da dialéctica sistema-problema, de que diremos de seguida em texto.

paradoxo se se pensar o jurídico na dialéctica problema-sistema, e o Direito não como um dado, mas como uma tarefa que se revela no concreto⁴⁴⁴.

Qual então a especificidade problemática destes dois tipos? Ou seja, que ganhos de perspectiva nos trarão? Cumpre deixar recenseados os motivos pelos quais o seguro de acidentes pessoais e o seguro de saúde são dotados de exemplaridade para compreensão das posições jurídicas ligadas ao risco seguro.

Em primeiro lugar, salienta-se que os seguros de saúde e de acidentes pessoais são seguros de pessoas. Quer isto dizer, como melhor veremos de seguida, que aqui os riscos seguros impendem sobre bens pessoais da pessoa segura – a vida ou a saúde/integridade física. Assim sendo, quando a *pessoa segura é também a beneficiária da prestação do segurador*, estes seguros patenteiam *exigências atenuadas de prevenção do risco moral, já que o incentivo de atentado aos bens da própria personalidade é diminuído*. Por outro lado, um dever que imponha determinadas condutas relativamente a estes bens próprios *colide aqui directamente com a autodeterminação e o livre desenvolvimento da personalidade*, no âmbito da protecção devida aos direitos de personalidade – o que pode também exigir a atenuação da intensidade daquelas exigências de conduta. A área dos seguros de pessoas permite, pois, testar como que o limite inferior – de menor intensidade – dos deveres relativos à prevenção e mitigação do sinistro. Com efeito, em matéria de seguros de pessoas, as normas gerais que criam deveres atinentes ao controlo do risco e à mitigação das consequências do sinistro *cedem o passo a normas especiais* – caso dos regimes do suicídio (art. 191.º), homicídio (art. 192.º) e danos corporais provocados (193.º), valendo com *carácter aparentemente supletivo para os seguros de vida e acidentes pessoais* (ex vi art. 211.º), por contraposição ao regime geral da causação dolosa, – ou *pura e simplesmente não se aplicam* – é o caso do regime geral de agravamento do risco face à cobertura do risco de vida, face às coberturas complementares de acidente e de invalidez por acidente ou doença, quando o agravamento resultar do estado de saúde da pessoa segura (art. 190.º, supletivo), ou face à cobertura autónoma do risco de doença, quando o agravamento resultar do

⁴⁴⁴ Por todos, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, "A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido, (Diálogo com Kelsen)", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, II, Jurídica*, BFDUC, Número especial, Coimbra, 1979, pp. 73-184, pp. 164 e ss., concebendo o sistema jurídico como um *continuum constituendo*, com uma índole axiológico-teleologicamente normativa que se cumpre numa função prática, numa unidade de dialéctica totalização e *a posteriori*.

estado de saúde da pessoa segura (art. 215.º, a), supletivo); e é o caso do regime do afastamento e mitigação do sinistro, cuja aplicação se encontra sistematicamente excluída para o conjunto dos seguros de pessoas, e apenas é convocada pelo seguro de acidentes pessoais (art. 211.º).

Resulta daqui que os seguros de acidentes pessoais e os seguros de saúde ganham especificidade adentro deste grupo, apartando-se dos seguros de vida. Ao contrário deste último, tendencialmente isentado destes deveres, aqueles dois tipos vêm em maior ou menor medida com eles onerados. Esta clivagem prende-se, desde logo, com as particularidades do bem da própria vida que, ressalvadas as hipóteses extremas do suicídio, se presume que o titular quererá preservar a todo o custo. Mas prende-se também com uma outra questão: a de o seguro de vida tender a ser um seguro de somas, ou de prestações pré-determinadas, ao passo que os seguros de acidentes pessoais ou saúde compreendem tanto esta modalidade, como a indemnizatória; e, mesmo onde a prestação é pré-determinada, os seus critérios de fixação estão geralmente ligados à gravidade do dano verificado na saúde ou integridade física. Assim, nestes casos, a extensão da prestação do segurador depende totalmente ou em alguma medida da extensão das consequências do sinistro – o que dota de especial interesse a sua contenção. A estas matérias referir-nos-emos de seguida, de modo a contextualizar a própria apresentação dos tipos contratuais em apreço.

Por outro lado, os seguros de acidentes pessoais e de doença são, tal como os seguros e operações do ramo vida, para os efeitos da ordem jurídica portuguesa, tal como para os efeitos das demais ordens jurídicas europeias, *sempre* seguros que cobrem *riscos de massa*, que são aqueles em que há um desnível de poder entre o segurador e a sua contraparte (art. 2.º, n.ºs 3, *a contrario*, e 6, e art. 123.º, n.ºs 1 e 2, do RGAS). São-no *sempre* pois, ao contrário do que acontece em relação a todos os outros ramos de seguros (veja-se o art. 2.º, n.º 3, do RGAS), *não têm que preencher qualquer critério suplementar para substanciar tal desnível de poder: a natureza do risco coberto é bastante para o afirmar*. É este desnível que acciona, dentro da própria regulação do contrato, o carácter semi-imperativo de várias das disposições, de acordo com uma técnica legislativa que se conhece do direito do trabalho (art. 13.º RJCS).

Diversamente, o carácter de consumidor do adquirente de um seguro de

peças não está sempre garantido, descortinando-se hipóteses *em que o serviço prestado – rectius, direito conferido – pelo contrato de seguro se poderá destinar a uso profissional pelo adquirente* (art. 2.º, n.º 1, da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores). Basta pensar no seguro de acidentes pessoais celebrado pelo trabalhador independente relativamente ao risco de acidentes ocorridos no âmbito da sua actividade profissional. Ou ainda no dito "key person insurance", em que é exactamente no interesse empresarial que se segura um risco incidente sobre bens pessoais de um sujeito relevante para a actividade empresarial – vg, o risco de perda de vida ou incapacitação do administrador da sociedade, ou, como é corrente em contratos de intermediação na celebração de contratos de trabalho, ou atinentes a direitos de imagem, de praticantes desportivos, actores ou modelos, o risco de perda de vida ou sofrimento de determinada lesão da integridade física que inviabilize tais contratos, sendo aqui o empresário o beneficiário do contrato e segurando-se, assim, face a uma potencial desvalorização de activos.

Já quando o direito adquirido pelo contrato não se destine à actividade profissional do sujeito, como acontecerá caso o contrato dê lugar ao reembolso de despesas com ou realização de prestações de cuidados de saúde, estaremos perante um contrato enquadrado pelo Direito do consumo.

Acresce que os regimes que com algum grau de imperatividade regulam em sede geral *estes deveres e as consequências do respectivo incumprimento amiúde recuam em sede de seguros de pessoas, recusando aí aplicabilidade*. Tal parece exprimir a intenção legislativa de não onerar o segurado com a imposição de deveres que possam gravar sobre os seus direitos de personalidade. Porém, não se inibe a criação destes deveres em sede contratual, pelo que tais *deveres podem reaparecer nos clausulados*, desgarrados daquelas normas legais que os conformam. Destarte, aquele recuo regulativo, se isenta o segurado de uma incidência directa de deveres de conduta, *também o desguarnece da protecção conferida pelos regimes legais em causa para as hipóteses de incumprimento*. Acresce que da realidade contratual avulta também a *criação de deveres de prevenção antecipada do sinistro*, para cujo regime o RJCS não fornece orientação directa.

Cumpra, pois, aferir dos limites colocados à autonomia privada nesta sede. A

relevância do plano geral do Direito civil e, dentro deste, do regime das cláusulas contratuais gerais, afirma-se desde logo, já que o Direito dos seguros português – como vimos, ao contrário de alguns dos seus congéneres – não contém uma norma geral de limitação das possibilidades de criação de deveres para o tomador/segurado. Haverá, pois, não só que confrontar os regimes resultantes da autonomia privada com os limites colocados pelo regime da contratação com recurso a cláusulas contratuais gerais, bem como com os colocados pelas normas, ordinárias e constitucionais, que protegem a *liberdade pessoal e/ou reserva da intimidade da vida privada* do segurado. Sem que se possa, porém, perder de vista a especificidade do macro-tipo contrato de seguro – pelo que os *regimes legais previstos para os deveres em causa*, ainda que não aplicáveis, deverão ser mantidos diante dos olhos na apreciação dos regimes contratuais. Vemos aqui, pois, a importância do diálogo constante com o todo do sistema de regulação destes deveres criado pelo RJCS.

Este grupo de questões terá a sede da sua análise no Cap. V.

Os dois tipos seleccionados reportam-se ainda a *sinistros com características especiais*. São sinistros de *carácter complexo ou composto*, cuja constituição se reporta a vários factos ligados entre si por nexos de causalidade⁴⁴⁵. É o que acontece em face do seguro de acidentes, em que há que encontrar uma cadeia causal entre acidente, lesão da integridade corporal e incapacidade ou morte. E é também o que acontece em face do seguro de saúde, como veremos, aliando tipicamente uma situação de perturbação da saúde a uma prestação de cuidados ou a uma situação de incapacidade⁴⁴⁶. Poderão ainda ser *sinistros dilatados no tempo*, no sentido de o processo de produção de dano se prolongar no tempo, com efeitos sobre a prestação a cargo do segurador. Tal implica, no que ao presente trabalho importa, o esforço de determinar qual o referente adequado a cada das normas que cria exigências de conduta: se a totalidade do processo causal de produção do dano, se apenas parte destes - maxime, o seu início.

⁴⁴⁵ HANS MÖLLER, "§ 49", cit., pp. 144-145, que contrapõe riscos simples a riscos complexos. Simples são aqueles que um risco segurado causa directamente um dano (caso do incêndio que causa directamente a destruição de um bem); estes distinguem-se dos riscos complexos, que operam, ao menos logicamente, por degraus, todos eles ligados entre si, como dizemos em texto, por um nexo de causalidade. Em todos estes patamares podem intervir cláusulas de exclusão do risco.

⁴⁴⁶ Este carácter complexo típico do risco está já ausente das puras coberturas de cuidados preventivos, no âmbito do seguro de saúde.

Veremos estas questões ainda neste capítulo, ao tratar a descrição dos tipos aqui em causa, e depois no capítulo IV, ao expor a regulação concreta destes deveres.

Acrescente-se que os seguros em causa podem incluir prestações em espécie, correspondentes à prestação de serviços de saúde, como veremos na descrição dos tipos. Esta conformação coloca especiais problemas face à aplicação dos remédios para o incumprimento de deveres que assentam na redução da prestação, já que tais prestações de facto são normalmente indivisíveis. Veremos esta questão no capítulo IV.

Por último, saliente-se que a área dos seguros de pessoas tem sido um terreno de expansão especialmente fértil de seguros que cubram interesses de terceiros – o que vale por dizer, de seguros por conta de outrem. Este fenómeno da contratação de seguros de pessoas por conta de outrem liga-se ao facto de aqui ser frequente que a cobertura simultânea de riscos de várias pessoas se promane de um só contrato – nascendo directamente dele, nas estruturas de contratação a favor de terceiro, ou, ao menos, ancorando-se nele, nas estruturas de contrato-quadro –, o que leva a que a titularidade do interesse seguro não coincida com a qualidade de tomador.

Tal acontece, desde logo, dada a recorrência dos "seguros familiares" (art. 176.º, n.º 2, do RJCS), cobrindo riscos de um conjunto de pessoas que integrem o mesmo agregado familiar ou vivam em economia comum – basta pensar no seguro que cubra o risco de acidentes pessoais de todos os elementos do agregado familiar. A isto acresce a importância prática dos seguros de grupo⁴⁴⁷, cobrindo riscos de um conjunto de pessoas ligadas ao tomador por um vínculo que não seja o de segurar (arts. 76.º e 176.º, n.º 1) – pense-se nos seguros de saúde subscritos pelo empregador a favor do trabalhador e do seu agregado familiar, ou nos seguros de vida apresentados pela entidade bancária ao candidato a um empréstimo para aquisição de habitação.

Abordaremos as questões relativas à existência de uma *pluralidade de sujeitos relevantes para o contrato* no capítulo IV.

Poderiam, claro, ter sido escolhidos outros tipos, com outros ganhos de

⁴⁴⁷ Assim, na esfera alemã, face ao seguro de acidentes, KENT LEVERENZ, "Vorbemerkungen zu § 178...", cit., pp. 21-23.

perspectiva – por exemplo, o foco sobre o seguro de incêndios traria sem dúvida ganhos na compreensão da articulação entre o parâmetro da ordem pública e o contrato de seguro. Tal seria, porém, um assentar do óculo num outro local – ou seja, uma outra tese.

III. 2. Os seguros de acidentes e de saúde no conjunto dos contratos de seguro de pessoas: os seguros de pessoas enquanto contexto regulatório

A categoria dos seguros de pessoas compreende os seguros destinados a proteger interesses que seriam lesados pela ocorrência de um sinistro sobre *bens jurídicos pessoais*. Nestes, o *risco ameaça um determinado bem jurídico pessoal* – vida ou saúde da pessoa segura –, sendo a ocorrência de um sinistro apta a produzir consequências desfavoráveis na esfera do segurado, que, podendo ser ou não a pessoa segura, tem um interesse sobre esses bens jurídicos. Neste conjunto entram, de entre os tipos de seguro autonomizados pelo RJCS, o *seguro de vida*, o *seguro de saúde* e o *seguro de acidentes pessoais*⁴⁴⁸.

Há, sem dúvida, exigências regulatórias comuns aos seguros que cobrem um risco atinente a um bem jurídico pessoal. São exigências atinentes ao merecimento pelos bens em causa de tutela jurspersonalística, e que se reflectem no regime da

⁴⁴⁸ Equivocado se apresenta, assim, o critério seguido por MARCO ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni, II, Le assicurazioni contro i danni*, CEDAM, Pádua, 2012, pp. 567-568, que aparta os seguros de pessoas dos seguros de coisas não com base neste critério do bem jurídico atingido pelo sinistro, mas com base no tipo de dano causado pelo sinistro: se patrimonial, trata-se de seguro de coisas – caso do seguro de despesas de saúde –, se extrapatrimonial, de seguro de pessoas – caso dos seguros contra o risco de invalidez causada por acidente, saúde, ou envelhecimento, que tutelariam face ao dano biológico ou na saúde. Na verdade, o impender do sinistro sobre um bem jurídico pessoal importa exigências de protecção da pessoa, que se colocam independentemente de se considerar transferido para o segurador um "dano" patrimonial ou extrapatrimonial – pense-se no regime dos exames médicos para avaliação do risco, por exemplo. Acresce que o regime dos seguros de coisas – pensado para os danos que atingem uma coisa – se mostra desadequado para um seguro de despesas como é o seguro de despesas de saúde. Para quem não admite a transferência do risco de danos extrapatrimoniais para o segurador, o critério cai, aliás, logo pela base (MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...* cit., p. 217): todos os seguros seriam seguros de coisas segundo este critério; mesmo que assim não se entenda, não se pode deixar de considerar o critério desadequado. Basta pensar que a determinação da natureza predominantemente patrimonial ou extrapatrimonial dos danos transferidos através de um seguro de capitais é, além de irrelevante, arbitrária – como saber se o sujeito se pretende precaver contra a perda de rendimento que a invalidez lhe trará ou se pretende antes assegurar a si próprio um conforto acrescido para compensar o dano moral da perda de saúde? No sentido correcto, KENT LEVERENZ, "Vorbemerkungen zu § 178...", cit., p. 17, considerando, relativamente ao seguro de acidentes pessoais, que o risco coberto é "die körperliche Integrität einer natürlichen Person (der versicherten Person). Sachen werden in der Unfallversicherung nicht versichert".

prestação de informações, nomeadamente com recurso a exames médicos, pela pessoa segura (arts. 177.º e 178.º do RJCS).

Não se pode já subscrever a contraposição entre seguros de pessoas e seguros de danos, adoptada pelo ordenamento português, já que esta se exprime em duas categorias cujo recorte não decorre do mesmo critério⁴⁴⁹. Recortam-se os seguros de pessoas por referência ao bem jurídico sobre o qual se precipita o sinistro – a esta categoria, poderíamos contrapor a dos seguros de coisas e dos seguros de património⁴⁵⁰. E recortam-se os seguros de danos por referência ao modo de cômputo da prestação a cargo do segurador – pelo que a esta categoria se oporia a dos seguros de capitais.

O argumento tradicional para a adopção de tal contraposição assentava na acoplagem dos seguros de pessoas aos seguros de capitais – acoplagem que mereceu, entre nós, relevante apoio doutrinal⁴⁵¹. O seguro de vida era, sem mais, naturalmente prefigurado como seguro de capitais. Relativamente aos seguros de acidentes e de saúde, conquanto não se tivesse por inconcebível a aplicação aqui dos preceitos relativos ao princípio indemnizatório – e se defendesse mesmo que os seguros de acidentes ou de saúde que cobrissem as despesas com tratamentos ou fármacos eram verdadeiros seguros de danos –, considera-se que deveriam estar em geral sujeitos à regulação dos seguros de capitais, salvo no tocante a certos regimes cuja aplicação era imposta pelo interesse público em matéria de seguros de acidentes pessoais ou de doença – como era o caso do regime do salvamento. Defendia-se, pois, a separação entre seguros de danos e seguros de pessoas, sendo o

⁴⁴⁹ Já assim, VICTOR EHRENBERG, *Versicherungsrecht*, cit., p. 13, em nota; entre a vasta doutrina posterior concordante, HANS MÖLLER, *Versicherungsvertragsrecht*, cit., pp. 33-34. Entre nós, MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...* cit., pp. 236 e ss. Também a LCS se serve desta contraposição (mantendo-a o Anteprojecto de Código Mercantil), o mesmo acontecendo com o CC brasileiro (mantendo-a no PL 3555/04). Era também criticável a sistemática seguida pelo CCom, que contrapunha seguros contra riscos ao seguro de vidas, já que ambas as espécies separadas têm por nota tipificadora a referência a um risco, que o próprio CCom exigia em sede geral como condição de eficácia do contrato (art. 437.º, n.º 1) – cfr. já LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 526.

⁴⁵⁰ Dada a maior amplitude e heterogeneidade deste conjunto, os seus componentes surgem por vezes simplesmente designados como seguros não de pessoas – HANS MÖLLER, *Versicherungsvertragsrecht*, cit., p. 34, contrapondo os "Personenversicherungen" aos "Nichtpersonenversicherungen".

⁴⁵¹ Neste sentido, considerando que os seguros respeitantes a coisas teriam sempre um escopo indemnizatório – nestes reentrando, assim, como modalidade especial, o seguro de responsabilidade –, ao passo que os seguros de pessoas, respeitantes à pessoa humana, não seriam contratos indemnizatórios, por não serem os bens da personalidade passíveis de avaliação, ARNALDO PINHEIRO TORRES, *Ensaio...* cit., pp. 24-26. Numa argumentação que parte da mesma base, elaborando-a, e que expomos em texto, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., pp. 303-309.

regime dos últimos recortado de acordo com o regime dos seguros de capitais⁴⁵².

Não há, à partida, razões legítimas para denegar a possibilidade de conformação de um seguro de pessoas como seguro de capitais ou de danos. Como vem sendo reconhecido, há contratos dos quais se pretende fundamentalmente a eliminação de um dano, muitas vezes aqui consubstanciado numa despesa – são os casos repetidas vezes citados de cobertura de despesas com tratamentos médicos, ou os casos de cobertura de despesas fúnebres – aos quais convém um regime determinado pelo escopo indemnizatório⁴⁵³. E há contratos que se pretende ao serviço de finalidades de previdência privada e familiar, convindo-lhes um regime que preserve o aforro formado e o transfira *qua tale*, sem pôr em causa o seu significado económico através do expediente da sub-rogação ou do regime da pluralidade de seguros.

No plano do Direito positivo, a assimilação entre seguros de pessoas e seguros de capitais foi rejeitada pelo ordenamento português vigente, que não ignorou o cruzamento das classificações. Prevê-se expressamente que os seguros de pessoas possam garantir prestações de valor predeterminado não dependente do montante efectivo do dano e prestações de carácter indemnizatório (art. 175.º, n.º 2). Esta referência teria como consequência lógica a aplicação, aos seguros de pessoas com carácter indemnizatório, das disposições que concretizam o princípio indemnizatório.

Não é essa, porém, a mecânica do RJCS, que opta por mobilizar

⁴⁵² JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., pp. 303-307 e 400-401. Aduzia-se, a este respeito, argumentos de ordem prática, considerando a dificuldade de avaliação do dano pessoal, que dificultaria a aplicação da limitação do pagamento ao montante dos danos. Face ao comum recurso a tabelas de incapacidade para determinar a extensão da prestação, a doutrina não deixava de manter tal posição. Considera-se, com efeito, que tal configura uma prestação de capitais, já que é fixada na apólice *a priori*, e à desvalorização física correspondente às tabelas pode não corresponder um dano efectivo do segurado (p. 303). Acrescia a este um argumento que se dizia de segurança jurídica. Sob o espectro das querelas qualificatórias que a previsão da sub-rogação face aos seguros de acidentes tinha acendido em Itália, considera-se preferível não plasmar a sub-rogação em sede geral relativamente aos seguros de acidentes e de doença. O autor não descortina, pois, qualquer incompatibilidade lógica entre os preceitos que concretizam o seguro de danos e o seguro de saúde ou de acidentes – tal é reafirmado bastas vezes face à sub-rogação (que poderia ser contratualmente estipulada, tudo estando em correctamente entender que a sub-rogação do segurador teria que se limitar ao montante que tivesse pago, em nada tangendo com o montante da indemnização devida por terceiro); e, em geral, face à cobertura de despesas de saúde no âmbito daqueles seguros. Mesmo para lá do âmbito da cobertura de despesas de saúde, os seguros de saúde ou de acidentes não se mostram avessos à determinação da prestação do segurador pela medida do dano. Algum maior artificialismo que decorre de certos passos da obra parece vir por contágio do pensamento jurídico italiano e da metodologia fortemente conceptualista de que aí se fez uso para debater as fronteiras entre seguro de danos e seguro de vida, por mediação do seguro de acidentes (veja-se infra, a propósito das prestações devidas em sede de seguro de acidentes, em nota).

⁴⁵³ Veja-se os exemplos dados em HANS MÖLLER, *Versicherungsvertragsrecht*, cit., p. 34.

especificamente para o campo dos seguros de pessoas vários pontos do regime dos seguros de danos, modelando o âmbito da sua aplicação. Assim, a aplicação do regime da pluralidade de seguros, face aos seguros de pessoas que garantam prestações indemnizatórias relativas ao mesmo risco, que em bom rigor decorreria da natureza destas prestações, é aqui em geral reafirmada (art. 180.º, n.º 2) – e relativizada depois em sede de seguro de saúde (art. 215.º, b)). O regime da sub-rogação é também expressamente convocado, deixando-se expressa a possibilidade de o pactuar mesmo em relação a seguros de prestações pré-determinadas (art. 181.º) – o que, se permite fazer funcionar o mecanismo como expediente de embaratecimento dos prémios, não deixa de colocar problemas de transparência, dado o sentido atípico do funcionamento de um expediente que permite ao segurador exigir para si as prestações indemnizatórias de terceiro, quando a sua própria prestação não tem sentido indemnizatório⁴⁵⁴. O regime do salvamento é especificamente convocado apenas em relação ao seguro de acidentes, tendo aí, como veremos, pertinência em relação às manifestações indemnizatórias ou relativas a prestações pré-determinadas (art. 211.º, n.º 2). É, por último, notada a ausência de remissão para o corpo central da regulação dos seguros de danos, atinente à afirmação do dano como limite à prestação e à regulação das hipóteses de sobresseguro e conversamente de subseguro. Tal não é, porém, de estranhar, dada a natureza de seguros de despesas que os seguros de cariz indemnizatório têm aqui, e que fixa a prestação à medida do dano-despesa, ao passo que priva de interesse prático os outros dois regimes⁴⁵⁵.

Com o que o campo dos seguros de pessoas acaba por ser recortado pela lei de um modo relativamente autónomo, sem assentar numa remissão de plano, face às prestações indemnizatórias, para o regime dos seguros de danos.

⁴⁵⁴ Sobre tal função da sub-rogação, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Da sub-rogação legal...", cit., pp. 453-454. A falta de transparência a que aludimos em texto atingirá o seu extremo – e aqui reportamo-nos já a um defraudar do objectivo contratual – quando se pactue a sub-rogação face a um seguro não só de capitais, mas com escopo de poupança ou previdência, questão que se coloca em relação ao seguro de vida – assim, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, "O novo...", cit., pp. 31-32.

⁴⁵⁵ Existe sobresseguro quando se identifica uma diferença positiva entre o valor garantido pelo seguro e o valor máximo do dano. Como tal, esta regra não pode valer face àqueles seguros em que o valor do interesse apenas se determina com a ocorrência do sinistro, em concreto, como é o caso do seguro de responsabilidade previamente indeterminada – vg., responsabilidade civil automóvel. A regra do sobresseguro apenas releva em relação a seguros de coisas e a seguros de responsabilidade associada a danos passíveis de determinação prévia – por exemplo, a responsabilidade pelos danos ligados à não-restituição de uma coisa passível de avaliação. Veja-se HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 818 e ss., e, e entre nós, ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, "Anotação ao art. 132.º", cit., p. 450. Tal vale, *mutatis mutandis*, para o subseguro.

De tal abertura juspositiva, sob o pano de fundo da liberdade contratual aqui vigente, resulta que a conformação de um contrato como de prestações pré-determinadas ou indemnizatórias está entregue à vontade das partes. *Precedência metodológica deve, pois, ter o contrato*: a configuração concreta que as partes deram ao conjunto regulatório que ergueram. Sendo desde logo a via metodológica mais correcta para enquadrar a questão, esta afirmação do concreto como *prius* procede tanto mais quanto se nota uma *aproximação do regime dos seguros de prestações indemnizatórias ao regime dos seguros de prestações pré-determinadas, por um lado derivada das funções de garantia e gestão de activos empresariais*⁴⁵⁶, e, por outro lado, *consentânea com a compreensão que se tem imposto quanto ao princípio indemnizatório*, convertido em mera directriz não vinculante ou depurado

⁴⁵⁶ Assim, GERRIT WINTER, "Die Verabschiedung...", cit., pp. 115-116, fala de seguros de vida que se alinham por uma finalidade similar à do seguro de danos, mas aos quais não se aplica o princípio da proibição do enriquecimento, podendo haver duplicidade dos seguros ou sobresseguro – vg., seguro para garantia do remanescente de dívida (Restschuldersicherung), ligado a crédito hipotecário ("Hypothekentilgungsversicherung"), ou para pagamento de imposto sobre sucessões "Erbschaftsteuerversicherung". As duas primeiras espécies têm, como é sabido, um enorme alcance prático na realidade portuguesa, dado o peso, pelo menos, até ao eclodir da crise financeira, da opção pela aquisição de casa própria com recurso ao crédito face à opção do arrendamento para habitação. Na verdade, face a um seguro de vida temporário, em que seja designado beneficiário irrevogável o mutuante e haja lugar ao pagamento do remanescente de dívida em caso de sinistro, *sendo o contrato desprovido de qualquer componente de formação de aforro que possa reverter a favor da pessoa segura, em caso de sobrevivência à extinção da dívida, ou a ulteriores beneficiários, o seguro parece mesmo adquirir uma feição inteiramente indemnizatória*. Neste caso, a única prestação que o contrato encerra é feita a favor de um beneficiário irrevogável e é quantificada de acordo com o montante que ainda esteja em dívida face a este. Claro está que, nesta hipótese, continua, como refere WINTER, a não ter cabimento a aplicação do regime da pluralidade de seguros ou da sub-rogação, quando aferirmos dos pressupostos destes regimes face ao património – hereditando, eventualmente – da pessoa segura. No património desta, a prestação que se dirige à eliminação daquela dívida não deverá comprometer quaisquer outras prestações que lhe advenham, vg., face à incapacidade que levou ao accionamento do seguro, ou face ao terceiro responsável pelo dano da morte cuja indemnização venha agora integrar tal património. É assim porque o interesse da pessoa, mesmo patrimonial, na sua integridade física não tem só uma direcção, mas várias – ou seja, há uma pluralidade de consequências económicas actuais ou futuras associadas à lesão da integridade física de uma pessoa – e porque a constituição da poupança privada não está sujeita a limites quantitativos, não devendo tal poupança ser posta em causa por um contrato de seguro celebrado pela mesma pessoa. Mas estes contratos, na sua componente de pura garantia de um credor, não deixam de comportar uma analogia fortíssima face aos seguros-caução, em que o credor é o titular do interesse seguro (art. 162.º do RJCS). Com efeito, nestes seguros de vida, não só há um *beneficiário irrevogável da prestação*, como o *princípio indemnizatório vale, com toda a extensão com que possa valer, em relação à sua esfera, parecendo o beneficiário irrevogável-credor figurar como o verdadeiro segurado*. Na verdade, ao beneficiário credor não deverá ser efectuada prestação que supere o montante das consequências que o sinistro terá na sua esfera (art. 128.º) – que supere, portanto, o montante em dívida –; o regime da pluralidade de seguros releva aqui por inteiro – havendo dois seguros a favor daquele beneficiário para garantia daquele crédito, só um dos seguradores deverá efectuar a prestação (art. 133.º, n.ºs 3 a 5); pode legitimamente questionar-se se, não só o tomador-pessoa segura, mas também o beneficiário que de tal tenha conhecimento, deverá informar os seguradores implicados de tal circunstância (art. 133.º, n.º 1). Considerações muito similares merece o seguro celebrado sobre a vida de um sujeito visto como activo empresarial – o "key person insurance", a que já aludimos –, a favor do titular da empresa.

até corresponder apenas à expressão do seu fundamento⁴⁵⁷.

III. 3. Os tipos concretos: seguro de acidentes pessoais e seguro de saúde

Pode perguntar-se pelo sentido que fará sequer fornecer estas descrições dos

⁴⁵⁷ Afrontado pela prática de seguros com cobertura de lucros cessantes, seguros a valor novo e apólices estimadas, o princípio vem de há muito questionado no plano doutrinário. Relativamente à esfera germânica, pode dizer-se que parte relevante das críticas arranca da concepção do princípio como *um expediente de protecção do equilíbrio entre as prestações acordadas, face à emergência de risco moral, e como tal de mera protecção dos interesses do segurador*. Assim, o "Bereicherungsverbot" era desnecessário, dispondo o segurador, ao abrigo da liberdade que lhe era conferida pela autonomia privada, de meios mais adequados à protecção dos seus interesses face às possibilidades de ocorrência de risco moral, bem como, no limite, da tutela conferida pelas disposições atinentes à causação do sinistro pelo segurado (para uma recensão da evolução doutrinária e perflhação da posição referida, HELMUT KOLLHOSSER, "Bereicherungsverbot...", cit., p. 524, secundado por GERRIT WINTER, "Die Verabschiedung...", cit., pp. 107-108). Com uma outra linha argumentativa, moldada a partir da doutrina italiana, releva também o questionamento do princípio por PABLO GIRGADO PERANDONES, "La evolución histórica...", cit., pp. 167 e 176 e ss., e PABLO GIRGADO PERANDONES, *El principio...* cit., pp. 208 e ss. O autor parte da interpretação teleológica da norma da LCS, que prescreve que o seguro não pode ser objecto de enriquecimento injusto para o segurado (art. 26.º) para considerar que não se proscreve o mero enriquecimento do segurado, mas apenas (na linha de Partesotti) o que possa trazer perturbação à ordem pública: o que adviria da desvirtuação do carácter aleatório do contrato e da sua função de cobertura de um dano provocado num interesse. Deve, pois, deixar-se às partes a avaliação do interesse que determina a prestação do segurador – que radica, aliás, no contrato, e como tal na autonomia privada das partes – sob tutela, porém, da ordem pública, não se permitindo situações de abuso. Nas pp. 178-181 do escrito mais recente, o autor concretiza o que seja um enriquecimento injustificado para estes efeitos, situando-o nos casos em que haja um enriquecimento do segurado, e empobrecimento simétrico do segurador, *sem causa* – i.e., sem razão contratualmente predisposta pelas partes no contrato ou que haja sido legalmente estabelecida – e *localizando o problema central do enriquecimento ilegítimo na ausência de um justo equilíbrio entre as prestações das partes*. Por sua vez, os textos legais têm abandonado a referência ao limite indemnizatório da prestação do segurador – como ocorreu em sede de reforma da VVG –, ou retirado força cogente às normas que exprimem o princípio, expressamente permitindo a sua derrogação. A este propósito, note-se que o preceito do *Anteproyecto* que trata a matéria, mantendo em geral a redacção do art. 26.º da LCS, passa porém a acolher expressamente a possibilidade de pactuar critério diverso para determinação do valor do dano. E sublinhe-se que tal foi o caminho trilhado pelo Direito português, onde, além de se prever expressamente a possibilidade de fixação convencional do valor do interesse seguro (art. 131.º), se dota o artigo que enuncia o princípio de carácter supletivo (arts. 128.º e 13.º, n.º 1, a contrario). Sobreleva, pois, nesta sede, a autonomia privada, permanecendo com força imperativa o limite que exprime a *ratio* ainda reconhecida ao princípio: o que proíbe, em atenção à ordem pública, que o valor contratualmente atribuído ao interesse seguro seja manifestamente infundado (art. 131.º, n.º 1, *in fine*). A este propósito, ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, "Art. 128.º", cit., p. 440 e ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, "Art. 131.º", cit., p. 446, assaca a necessidade de protecção da ordem pública ao problema do risco moral: este limite racional garante "o fim último do princípio indemnizatório – a prevenção do enriquecimento do segurado com o sinistro, logo, dos sinistros fraudulentos, logo, da desordenação social". Aceite esta fundamentação, o limite colocado pelo art. 131.º à vontade das partes é um limite objectivo (ou seja, um limite efectivo à vontade comum das partes): a falta manifesta de fundamento deve apurar-se não por referência à prestação da contraparte-segurador, mas por referência ao valor objectivamente atribuível ao interesse em causa.

Concluindo, serve-nos este excuro para confirmar o papel cimeiro que a autonomia privada vem adquirindo na determinação do *quantum* da prestação em sede de seguros indemnizatórios, galgando estes, assim, parte da distância que aparentemente os separava dos seguros de capitais (neste sentido, PABLO GIRGADO PERANDONES, *El principio...* cit., pp. 237-238).

tipos, quando é consabida a sua inevitável abertura e, ademais, assumido o seu carácter supletivo. Perante isto, perde valia o argumento da segurança jurídica lograda através do fechamento do regime apenas a certas hipóteses práticas. Trata-se aqui, antes de mais, de fornecer uma imagem aproximada do modelo pressuposto pelo legislador para efeitos do estabelecimento da regulação – o que apenas dialoga com, mas não exime o intérprete ao questionamento de tal descrição tanto por referência ao regime que lhe vem acoplado, como por referência aos tipos sociais que, concitando a aplicação deste, a questionem⁴⁵⁸. Tal descrição tem não só relevo positivo qualificatório, como também relevo na sindicância negativa dos limites da conformação contratual: uma vez que a própria delimitação do risco coberto pode servir a desnaturação do contrato, defraudando as legítimas expectativas de cobertura de um determinado risco, a descrição legal do risco tipicamente coberto serve ao intérprete de marco para efeitos desse controlo⁴⁵⁹.

§ 1. O seguro de acidentes pessoais

A. Sentido geral do tipo

O RJCS regula autonomamente o seguro de acidentes pessoais nos arts. 210.º a 213.º. É um traço de mudança face ao CCom, perante o qual este tipo não dispunha de regulação própria⁴⁶⁰; ele surge já, porém, autonomizado no articulado proposto por Moitinho de Almeida, bem como no Projecto de Menezes Cordeiro. Tal como alguns dos projectos de regulação do contrato de seguro que o antecederam, o RJCS tem por preocupações precípuas reger a contratação a favor e por conta de terceiro, incluindo-se, contudo, aqui actualmente as questões atinentes ao homicídio ou dano corporal praticado pelo beneficiário (art. 211.º, n.º 1,

⁴⁵⁸ Permitimo-nos remeter para o nosso MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, "Pensamento...", cit., *passim*.

⁴⁵⁹ Assim, a propósito do seguro de acidentes, HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., nm. 3 e 50. Apesar de, à luz da letra do BGB, não ser sindicável pelo Direito das cláusulas contratuais gerais uma cláusula que se limitasse a estabelecer o objecto da prestação, um olhar atento às consequências práticas de tal recorte levou o BGH a estabelecer jurisprudência contrária: estas podem, não menos do que uma cláusula limitadora de direitos, defraudar as expectativas legítimas do contratante. Entende-se, face à delimitação primária do risco – hoc sensu, face à descrição pela positiva do risco coberto –, que tal é o caso quando tal delimitação levasse à exclusão da cobertura de riscos que de acordo com a boa fé e os usos do comércio devam entrar no âmbito da cobertura e cuja cobertura o tomador, em face do objecto e fim do contrato, deva esperar.

⁴⁶⁰ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., pp. 307-308, indicando que se lhes aplicavam as disposições gerais atinentes ao contrato de seguro, em conjugação com as disposições da apólice. O autor dá-nos ainda conta de que não surgiram questões atinentes ao enquadramento destes seguros no regime dos seguros de danos ou de vida, não se suscitando a aplicação do conjunto normativo atinente ao princípio indemnizatório.

remetendo para o regime do seguro de vida, e art. 212.º), bem como reger o dever de salvamento⁴⁶¹. Como decorre do que vimos acima, o seguro pode ser contratado como de prestações predeterminadas – compreendendo, vg., o pagamento de um montante diário em caso de internamento, durante a convalescença ou de uma prestação em caso de morte ou incapacidade –, ou ter carácter indemnizatório – compreendendo, vg., o pagamento de despesas médicas curativas ou meramente cosméticas, bem como o transporte do doente para as instalações médicas⁴⁶².

O tipo constrói-se por referência a um sinistro de carácter complexo, que alia um *evento accidental* – súbito, externo e imprevisível – a um resultado danoso, materializado numa *lesão corporal da pessoa segura*.

Esta descrição é já bastante para denunciar a função dos seguros de acidentes pessoais. Estes protegem os sujeitos, antes de mais, nas situações em que não seja possível obter uma indemnização de um terceiro causador – ou porque não interfere um terceiro na produção deste dano ou porque, interferindo, transcendem-se os limites colocados pelo instituto da responsabilidade civil. Noutra vertente, o seguro de acidentes pessoais afirma-se perante sinistros de que também decorra a responsabilidade de terceiro, outorgando ao segurador direito de sub-rogação na indemnização cabida, ou cumulando-se com esta, conforme ocorra ou não o direito de sub-rogação⁴⁶³⁻⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ Cfr., da proposta de Moitinho de Almeida, o art. 54.º, que declarava aplicáveis aos seguros de acidentes pessoais as disposições sobre salvamento (arts. 42.º e 43.º), contratação por conta e a favor de terceiro e homicídio voluntário do segurado, nos termos prescritos para o seguro de vida (arts. 55.º a 63.º e 70.º). Do Projecto de Menezes Cordeiro, vejam-se os arts. 133.º a 135.º. Para além de serem aqui aplicáveis as disposições gerais sobre seguros de pessoas, valem as disposições sobre contratação por conta e a favor de terceiro, nos termos prescritos para o seguro de vida (arts. 122.º a 126.º).

⁴⁶² Assim, para o ordenamento jurídico alemão, KENT LEVERENZ, "Vorbemerkungen zu § 178...", cit., pp. 16 e ss., com exemplos de ambas as espécies. Este tipo de seguro é, porém, aí, à face da apólice tipo, antes de mais um seguro de capitais, combinado com certas prestações de carácter indemnizatório (HEINRICH DÖRNER, "Vorbemerkungen zu § 178 VVG", *MüKo VVG, II*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2011, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 13.01.2015), nm. 4). Na Espanha, embora a regulação legal específica seja pensada para um seguro de capitais, chama-se a atenção para a natureza indemnizatória do reembolso dos gastos de assistência sanitária, previsto no art. 103. da LCS – cfr. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 100. El riesgo de accidente, Normas aplicables del seguro de vida", in *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 octubre, y a sus modificaciones*, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO (coord.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 2595-2627, p. 2602.

⁴⁶³ A apresentação destas duas vertentes denuncia já o papel verdadeiramente conformador que o seguro de acidentes pessoais tem, a par com o seguro de responsabilidade civil, operado sobre o instituto da responsabilidade civil. Philippe Pierre in HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., p. 1324, cita outra das situações em que tal é notório: trata-se dos seguros individuais automáticos, subscritos por certos transportadores aéreos a favor dos seus transportados ou sucessores. Em caso de acidente, uns ou outros poderão optar entre o accionamento do seguro,

Para além do seguro de acidentes geral, de índole facultativa, surgem seguros de contratação obrigatória e índole sectorial, auto-intitulados de seguros de acidentes e associados a toda uma panóplia de actividades – apenas a título de exemplo, desportivas⁴⁶⁵, educativas ou profissionais⁴⁶⁶, de participação em eventos de lazer⁴⁶⁷. Apesar da designação, nem sempre se trata verdadeiramente de seguros

que dá direito ao pagamento de indemnização fixada na base da Convenção de Varsóvia, tendo então que renunciar ao accionamento da responsabilidade da transportadora, ou, caso optem pelo accionamento da responsabilidade, terão que abdicar do recurso ao seguro.

⁴⁶⁴ Como assinala KENT LEVERENZ, "Vorbemerkungen zu § 178...", cit., pp. 24-26, estes seguros vêm também ultimamente assumindo funções que lhes eram tradicionalmente estranhas, como a função de poupança – tal é visível no caso de seguros de acidentes em que parte dos prémios pagos é atinente a esta componente de poupança, sendo o montante acumulado e capitalizado pago com o decurso de determinada data ou com a morte da pessoa segura. É debatida a natureza jurídica deste seguro que reúne componentes próprias do seguro de vida e do seguro de acidentes; considerando ser ilegítimo fraccionar o contrato unitário em duas vertentes sujeitas, respectivamente, às regras do seguro de acidentes e do seguro de vida, o autor defende (p. 26) que este deve ser considerado um seguro de acidentes, já que é a natureza deste que mais verdadeiramente o cunha.

⁴⁶⁵ Cfr. o Decreto-Lei n.º 10/2009, de 12 de Janeiro, que estabelece o regime jurídico do seguro desportivo obrigatório, o qual cobre os riscos de acidentes pessoais inerentes à respectiva actividade desportiva, nomeadamente os que decorrem dos treinos, das provas desportivas e respectivas deslocações, dentro e fora do território português (art. 5.º, n.º 1), beneficiando os agentes desportivos, os praticantes de actividades desportivas em infra-estruturas desportivas abertas ao público e os participantes em provas ou manifestações desportivas (art. 2.º, n.º 1) e devendo ser celebrado pelas federações desportivas, entidades que explorem infra-estruturas desportivas abertas ao público e entidades que organizem provas ou manifestações desportivas (art. 2.º, n.º 2). Se bem que, consideradas estas entidades obrigadas à respectiva celebração, o seguro em causa parecesse mais um seguro de responsabilidade pelos acidentes ocorridos na esfera dos sujeitos enumerados no art. 2.º, n.º 1, a regulação aponta, afinal, para um seguro de acidentes pessoais. Não só por se referir expressamente a essa cobertura – veremos de seguida, em texto, como os seguros cujo sinistros se reportam a um acidente são por vezes regulados sem se destringir entre as situações em que o risco é apenas o de ocorrência de tal acidente e aquelas em que o risco é o de accionamento da responsabilidade do segurado face a um acidente, ocorrido na esfera de terceiro, pelo qual aquele é responsável –, mas por depender da adesão do beneficiário para em relação a ele produzir efeitos (arts. 9.º, n.º 1, 14.º, n.º 2, 15.º, n.º 3; cabendo-lhe ainda por vezes o pagamento da contrapartida pela cobertura – arts. 9.º, n.ºs 2 e 3) – o que não se justificaria se o risco coberto fosse afinal um risco do tomador: o da responsabilidade civil do tomador do seguro em relação ao beneficiário. Acresce que o art. 13.º determina expressamente que o seguro desportivo de grupo em favor do praticante profissional tem natureza complementar relativamente ao seguro de acidentes de trabalho – este, sim, quando se tratar de trabalho dependente, configurando um seguro de responsabilidade. Seguro de responsabilidade civil obrigatória é já, por oposição, claramente o de provas desportivas de veículos terrestres a motor – cfr. art. 6.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de Agosto, e FILIPE DE ALBUQUERQUE MATOS, "O seguro de provas desportivas – um seguro de responsabilidade civil automóvel com contornos especiais", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, II*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 143-167, sobretudo pp. 143-149.

⁴⁶⁶ Além dos seguros de acidentes de trabalho que referiremos em texto, veja-se, por exemplo, o seguro obrigatório de acidentes pessoais contratado a favor dos estagiários no âmbito do Programa de Estágios Profissionais da Administração Local (art. 12.º, n.º 1, da Portaria 1211/2006, de 13 de Novembro); ou o seguro de acidentes pessoais contratado a favor dos bolseiros de investigação científica, nos termos do art. 9.º, n.º 1, e) do Estatuto do Bolseiro de Investigação, aprovado pela Lei 40/2004, de 18 de Agosto (sucessivamente alterada).

⁴⁶⁷ Caso do seguro de acidentes pessoais contratado pelas empresas de animação turística e operadores marítimo-turísticos especificados no art. 5.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 108/2009, de 15 de Maio; ou do seguro contratado pelo promotor do evento de diversão num recinto itinerante ou improvisado, nos termos dos arts. 5.º, n.º 4, e 15.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 268/2009, de 29 de Setembro.

de acidentes pessoais: por vezes o segurado é o sujeito tido como responsável pelos acidentes pessoais sofridos por outrem, estando-se, sim, perante seguros de responsabilidade. O ponto de união entre estas várias *fattispecie* é a sua referência a uma noção de acidente – conquanto esta possa ser enriquecida por referência ao contexto sectorial em causa (tornando-se num acidente *de trabalho*, num acidente *desportivo*...). Possivelmente, o exemplo mais claro da destrição que urge aqui operar coloca-se a propósito dos seguros obrigatórios de acidentes de trabalho. Por um lado, o seguro de acidentes de trabalho *tout court*, previsto no art. 284.º do Código de Trabalho, cobre *a responsabilidade do empregador* por acidentes, perante o trabalhador e os seus familiares, nos termos da Lei n.º 98/2009, de 4 de Setembro. Estamos, pois, não perante um seguro que cubra simplesmente o risco de ocorrência de acidente de trabalho, mas sim perante a *cobertura do risco de incorrer em responsabilidade*⁴⁶⁸ – esta, sim, derivada da ocorrência de um acidente de trabalho pelo qual o empregador-segurado é responsável. Em consonância com estas considerações, quando o art. 138.º, n.º 3 do RJCS prescreve a aplicação do regime do seguro de responsabilidade civil aos seguros de acidentes de trabalho, devemos entender que é apenas a estes que se refere.

Diverso é o enquadramento do seguro obrigatório de acidentes de trabalho dos trabalhadores independentes previsto na Lei 100/97, de 12 de Setembro, e Decreto-Lei n.º 159/99, de 11 de Maio. Não se trata aqui do risco de incorrer em responsabilidade civil, mas antes de garantir prestações ao trabalhador independente e/ou à sua família em caso de acidentes que possam afectar a capacidade reditícia daquele: do cumprimento, em suma, de uma função de previdência. Aqui, sim, estamos perante um seguro que, se bem que disponha de regulação própria naqueles

⁴⁶⁸ Assim, FLORBELA DE ALMEIDA PIRES, *Seguro de acidentes de trabalho*, Lex, Lisboa, 1999, p. 63, secundada por JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O acidente...* cit., p. 265. Isto vale ainda que se possa questionar a natureza da responsabilidade do empregador por acidentes de trabalho, vendo-a como situação de reparação de danos de carácter alimentar (posição de Menezes Leitão) ou antes como hipótese de responsabilidade civil (posição de Pedro Romano Martinez e de Júlio Gomes) – cfr. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Breves reflexões sobre a noção de acidente de trabalho no novo (mas não muito) regime dos acidentes de trabalho", in *I Congresso Nacional de Direito dos Seguros*, ANTÓNIO MOREIRA/M. COSTA MARTINS (coord.), Almedina, Coimbra, 2000, pp. 205-218, pp. 206-210. Como salienta PEDRO ROMANO MARTINEZ, "Modificações na legislação sobre contrato de seguro, Repercussões no regime de acidentes de trabalho", s. d., disponível em http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquiodotrabalho2008_romanomartinez.pdf (consultado pela última vez a 15.12.2014), pp. 30-31, a determinação pelo RJCS de que subsidiariamente se aplica o regime do seguro de responsabilidade civil retira, de todo o modo, *no que ao regime do seguro de acidentes de trabalho concerne*, relevo a tal discussão.

diplomas e na apólice uniforme aprovada por Regulamento do ISP⁴⁶⁹, se reconduz ao tipo do seguro de acidentes pessoais.

O seguro de acidentes surge ainda frequentemente como seguro complementar de outros tipos⁴⁷⁰. Desde logo, dos seguros de responsabilidade civil; e surge ainda como complementar dos seguros de vida (art. 184.º, n.º 1, a)). Tal é comum face a seguros contratados a favor do mutuante, face à eventualidade de um acidente que cause lesões físicas tais no mutuário que comprometam o pagamento do montante em dívida. É também comum no caso dos seguros contratados para o caso de morte, pactuando-se uma prestação mais elevada caso a morte ocorra acidentalmente. Este seguro surge igualmente como complementar de um seguro de saúde, garantindo-se por via contratual os riscos de ocorrência de lesão corporal, quer por via acidental, quer por via de doença.

B. O risco coberto pelo seguro de acidentes

Segundo o RJCS, no seguro de acidentes pessoais, o segurador cobre o risco da verificação de lesão corporal, invalidez, temporária ou permanente, ou morte da pessoa segura, por causa súbita, externa e imprevisível (art. 210.º)⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Trata-se da Norma Regulamentar n.º 3/2009-R, de 5 de Março.

⁴⁷⁰ Detectaremos, de resto, fenómeno idêntico em relação aos seguros de saúde. Trata-se aqui de contratos mistos, com estrutura de *contrato combinado*, em que estão em causa duas prestações separadas, atinentes ao mesmo lado da relação contratual (FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, "O problema do regime dos contratos mistos, Distinção entre as normas que tocam directamente a própria prestação e as normas ou os problemas que tocam o contrato na sua unidade", *BFDUC*, 2, 2013, pp. 679-708, p. 692). Segundo a directriz metodológica mais adequada, haverá que aplicar o *método combinatório* relativamente aos problemas ou normas que tocam, directamente e apenas, a própria prestação, já que esta configura em princípio um espaço autónomo de intervenção normativa, podendo em princípio aplicar-se-lhe determinada norma legal sem prejuízo de a outra prestação se aplicar norma diversa. Diferentemente, no caso dos problemas ou normas que tocam o contrato na sua unidade, valerá o método da absorção (FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, "O problema...", cit., p. 683; FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e complexos contratuais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 307 e ss.). Face a exigências de conduta ligadas a determinada prestação a cargo do segurador, estaremos, então, nos quadros do primeiro conjunto – o que se torna mais evidente ainda quando o incumprimento de tais exigências de conduta se reflecta no dever de prestar do segurador. Como tal, estas continuam a brotar do regime do seguro de acidentes, ou de saúde; e, em caso de incumprimento, afectam apenas a prestação relevante face a tal risco. O método da absorção poderá à partida estar já em causa face às hipóteses de resolução ou modificação do contrato – podendo no entanto ser aí ensaiadas soluções de divisibilidade dos efeitos da resolução ou modificação, numa manifestação de um princípio geral de divisibilidade do negócio jurídico, com afloramento no regime da redução negocial e da resolução parcial do negócio, mas mais amplamente reportado à generalidade das hipóteses de eliminação do negócio ou cessação dos efeitos negociais (FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos...* cit., pp. 356 e ss.).

⁴⁷¹ No plano contratual, este surge recortado por exemplo como "[e]vento externo súbito, violento, alheio à vontade do segurado e não previsível e que neste origine uma lesão corporal, podendo ou

Estamos, pois, perante a cobertura de riscos de lesão corporal em sentido lato que relevam também em relação a outros seguros: como melhor veremos, os riscos de lesão corporal ou invalidez podem ser cobertos por seguro de saúde, quando tenham por causa uma doença; e o risco de morte independentemente da respectiva causa é coberto pelo seguro de vida em caso de morte. A marca de água do seguro de acidentes consiste, pois, na *referência à noção de acidente*.

A delimitação do sinistro operada pelo RJCS não se afasta da que já doutrinariamente vinha sendo desenvolvida por Moitinho de Almeida na vigência do CCom⁴⁷². Embora o CCom não devotasse um regime específico aos seguros de acidentes, estes surgiam na prática, levando a doutrina nacional a apoiar-se nas apólices e nas opiniões da doutrina estrangeira para buscar para eles uma definição. Aquela delimitação conflui em grande medida também com o recorte que deste sinistro fazem outras ordens jurídicas, igualmente lhe conferindo carácter supletivo⁴⁷³. Tal coincidência não é aliás de estranhar, já que a fonte de tal recorte é,

não conduzir à morte desde que a natureza e o local da ofensa ou a causa possam ser clinicamente estabelecidos", ou como "[a]contecimento fortuito, súbito e anormal, devido a causa exterior e estranha à vontade do tomador do seguro e da pessoa segura que nela origine lesões corporais, que possam ser clínica e objectivamente constatadas, e que seja susceptível de provocar o funcionamento das garantias do contrato".

⁴⁷² Segundo JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 398-399, acidente é a lesão corporal determinada pela acção violenta e súbita de uma causa externa, que determine a morte ou a incapacidade permanente ou temporária do segurado.

⁴⁷³ Muito próxima é a delimitação de acidente operada, em termos expressamente supletivos, pelo art. 100. da LCS, nos termos do qual acidente é a lesão corporal que deriva de uma causa violenta, súbita, externa e alheia à intencionalidade do segurado, que produza invalidez temporária ou permanente ou morte; esta formulação é praticamente mantida no art. 583-23 do *Anteproyecto*, onde apenas se acrescenta, no plano das consequências da lesão, que poderá tratar-se de invalidez total ou parcial. Embora surja aqui a referência ao carácter violento da lesão, vemos que, segundo a doutrina (FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 100...", cit., p. 2611), esta nada acrescenta ao requisito da subitaneidade. Nos termos da VVG, o segurador obriga-se, pelo seguro de acidentes, a realizar a prestação acordada em caso de acidente da pessoa segura ou de evento contratualmente equiparado a acidente (§ 178, I); há acidente quando a pessoa segura sofre involuntariamente um dano na sua saúde por força de um evento externo actuando subitamente sobre o seu corpo, sendo tal involuntariedade presumida (§ 178, II). Nos termos do § 191, à excepção deste último segmento, a norma é supletiva. Conforme nos dá nota KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., p. 64, a definição constante da VVG veio já das condições gerais do seguro individual de acidentes de 1920, aprovadas pelo *Reichsaufsichtsamt*. Nesta descrição, o sinistro é feito corresponder ao conceito de acidente (*Unfallbegriff*), sendo este composto do evento acidental (*Unfallereignis*, correspondente ao evento externo subitamente actuante sobre o corpo da pessoa segura) e das consequências do evento acidental (*Unfallereignisfolgen*, correspondente ao dano na saúde involuntário). Distintas do conceito de acidente são as consequências do acidente (*Unfallfolgen*). Estes conceitos não surgem na VVG; são antes tributários das condições gerais do seguro de acidentes, tendo surgido enquanto referência parentética nas condições gerais do seguro de acidentes de 88/94. Com a respectiva inserção no texto legal procurou-se não só clarificar o sentido de termos usados ao longo das disposições (como o de *Unfallereignis*), como distinguir o objecto da referência da involuntariedade – a lesão da saúde – do objecto de referência da subitaneidade – o evento (pp. 64-65). Na Itália, não há definição legal de acidente pessoal; a doutrina assinala, porém, uma grande estabilidade na delimitação operada pelos clausulados, subsistindo neles, de modo praticamente inalterado, já desde

perante a autonomia privada que sobreleva nesta matéria, antes de mais, a prática contratual.

Como resulta já do que dissemos, o sinistro aqui recortado é de formação complexiva⁴⁷⁴, pressupondo a sua ocorrência certa causa – súbita, externa e imprevisível – e certos efeitos – lesão corporal, invalidez, temporária ou permanente, ou morte da pessoa segura –, bem como umnexo causal entre eles.

a. A causa da lesão

O RJCS recorta as lesões acidentais através de uma "causa" dotada de certas características – deixando, pois, de parte a referência a um "evento", preferida noutras ordens jurídicas. Ambos os termos são plásticos o bastante para poderem ser usados como sucedâneos⁴⁷⁵. Veremos, a propósito das notas caracterizadoras em

finais do século XIX, a referência ao acidente como o evento "devido a causa fortuita, violenta e externa, que produza lesões físicas objectivamente constatáveis, as quais tenham por consequência a morte, uma invalidez permanente ou uma invalidez temporária"; como veremos, a violência reconduz-se aqui à subitaneidade (MARCO ROSSETTI, *Il diritto...II...* cit., pp. 587-588; veja-se, porém, o levantamento feito em GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata...* cit., pp. 142-143, que conduz a características similares mas não inteiramente coincidentes). Tão-pouco na França a noção de acidente pessoal se encontra densificada na lei; no seu labor analítico, a jurisprudência acabou, porém, na análise dos clausulados trazidos pela casuística, por isolar cinco traços caracterizadores da noção: ocorrência de um dano corporal, imputabilidade do mesmo a um acontecimento preciso, causa exterior do dano, natureza súbita e violenta e independência da vontade do segurado (cfr. HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 1678-1679). Face a idêntica omissão legislativa, as apólices belgas recortam o sinistro de dois modos distintos – ou por remissão para a noção de acidente de trabalho, ou de modo autónomo (cfr. CLAUDE DEVOET, *Les assurances de personnes*, Anthemis, Limal, 2011, pp. 114-117). A noção de acidente recortada de modo autónomo tende a confluir com os termos da noção de acidente de trabalho, de fonte jurisprudencial. O acidente é assim recortado como o acontecimento súbito que produz uma lesão – no caso do acidente de trabalho, gerando uma incapacidade para o trabalho ou a morte –, e cuja causa – no caso do acidente de trabalho, salvaguarda-se que deve ser pelo menos uma das suas causas – é exterior ao organismo da vítima. A mais destacada diferença entre o recorte por remissão para a legislação sobre acidentes de trabalho e o recorte autónomo tem relevo em sede probatória: nos termos da legislação sobre acidentes de trabalho, que são também recebidos nos clausulados, é necessário provar apenas a produção de uma lesão de um evento súbito; a existência de nexode causalidade entre um e outra, bem como o carácter externo da causa, são presumidas em face dessa prova. Trata-se de presunção não reproduzida nas apólices que procedem a um recorte autónomo.

⁴⁷⁴ Este carácter complexivo do sinistro é reconhecido quer em ordens jurídicas que mais literalmente associam consequência e causa da lesão no recorte da noção de acidente pessoal – cfr., vg., LAETITIA NOËL, "La notion d'accident", *RGDA*, 2, 2004, pp. 309-333, p. 321 –, como naquelas em que o acidente apareceria literalmente referido apenas à lesão – cfr. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 100...", cit., pp. 2603, onde afirma que "se trata de un riesgo de formación compleja en el que aparece un proceso formativo de la lesión corporal, su causa y las consecuencias de aquella que, en tanto no esté completo, el siniestro no se ha verificado enteramente", e 2607-2608. Cfr. ainda, vg., ANTIGONO DONATI, *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, III, Dott. Antonio Giuffrè, Milão, 1956, p. 527.

⁴⁷⁵ A referência é, no Direito comparado, por vezes não a uma causa, mas a um evento dotado das características enunciadas. Se a referência à causa sugere mais imediatamente "um facto na origem de" ("Ursache") e a referência a um evento sugere mais directamente o tornar visível de um processo

debate, que a realidade a que se refere esta "causa" ou "evento" está longe de ser a-problemática. Não nos parece, porém, que a diferença terminológica forneça argumentos probantes em qualquer dos sentidos: a argumentação deverá ser prático-normativa – razão pela qual a reservamos para o momento do debate do alcance concreto das várias notas caracterizadoras. Antecipando, em prol da clareza, considerações que teceremos de seguida, diremos que se deve partir da noção de causa como a causa próxima da lesão, e não como a causa do evento accidental. Para facilitar essa distinção, quando seja mais premente, referir-nos-emos, no correr do texto, por vezes a esta causa caracterizada pela externidade e subitaneidade como "evento".

Saliente-se, também, que, não sendo limitada por outra via que não a enumeração destes pressupostos, a causa pode ter as mais diversas naturezas, podendo ser facto humano – de terceiro⁴⁷⁶ ou, em condições limitadas, como veremos, mesmo da pessoa segura – ou evento natural⁴⁷⁷.

Na compreensão destes pressupostos, releva o sentido que deles retiraria um tomador de seguro informado, cujas expectativas importa proteger⁴⁷⁸. Assim, o sentido relevante dos termos não é o sentido técnico – vg., médico ou jurídico –, mas o sentido que lhes dá a linguagem corrente. Esta é uma directriz metodologicamente coerente, mesmo em face do texto legal, já que do que se trata é de mimetizar, nos seus traços essenciais, o recorte do risco contratualmente transferido. Tanto o *Tatbestand* legal, como os contrapólos contratuais estão, de resto, aqui sujeitos antes de mais ao parâmetro material de respeito pelo sentido e finalidade do contrato de seguro de acidentes: o da protecção contra incidentes

causal já iniciado, nem tal diferença terminológica resiste a um olhar mais detido, nem deverá suplantar critérios prático-normativos, impondo consequências *a priori*. Dada a latitude/potencial infinitude das cadeias causais, a causa pode, na verdade, recortar um momento da série tanto mais remoto, como mais próximo do resultado; e o evento, compreendido como a alteração de um estado existente, atinente ao tornar visível do processo causal conducente ao sinistro (KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., p. 69), não deixa de integrar este processo causal, sendo também "causa".

⁴⁷⁶ Não há, pois, porque excluir à partida (aliás, pelo contrário) o carácter accidental da morte causada por homicídio; cfr. a anotação crítica de EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA, "Assicurazione contro gli infortuni, omicidio dell'assicurato e diritto alla somma dovuta dall'assicuratore, Anotação ao acórdão da Corte d'Appello de Bolonha, de 22 de Novembro de 2001", *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2003, pp. 171-178, sobretudo pp. 176-178 a um acórdão da Corte d'Appello de Bolonha que decidiu em sentido contrário.

⁴⁷⁷ Debate-se ainda se pode ser uma omissão. De acordo com uma visão lata da causa ou do evento, entende-se que, desde que tal omissão altere também o estado de coisas existente, conduzindo causalmente ao sinistro, configura causa relevante para estes efeitos. Cfr. KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., pp. 69-70.

⁴⁷⁸ Cfr. KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., pp. 65-66; com concretizações, vg., nas p. 72 e 94.

infortunados⁴⁷⁹.

A causa da lesão deve em primeiro lugar ser *externa*. Tal carácter externo afere-se em relação ao local onde a causa opera: o corpo do sujeito. Esta nota serve, antes de mais, para retirar os danos resultantes de estados de doença e estados degenerativos internos da cobertura proporcionada pelo seguro de acidentes⁴⁸⁰. É, pois, por via desta nota caracterizadora que se distingue o seguro de acidentes do seguro de saúde⁴⁸¹.

Não colocam grandes dúvidas os casos em que um evento vindo da esfera de terceiro ou do meio natural se projecta na esfera da pessoa segura – pense-se nos casos em que nela embate um veículo automóvel, um objecto pesado que cai de certa altura, um raio no decurso de uma tempestade⁴⁸². Mais dúvidas surgem, desde logo, os casos em que é a própria pessoa segura que se "projecta" contra um "objecto" – cai no chão, colide com uma árvore durante a condução, cai num curso de água, ingere determinados alimentos –, *hoc sensu*, é por actos dela que ocorre a confluência com o exterior que provoca uma lesão.

Dúvidas emergem porque, nestes casos, a causa de tal "embate" – a causa da causa, ou do evento – pode provir da esfera da própria pessoa. Desde logo, pode tratar-se de causas patológicas – pense-se na hipótese em que o sujeito embate contra uma árvore porque sofre, ao conduzir, um ataque epiléptico; ou ingere veneno porque, devido ao toldamento dos sentidos causado por uma doença, o toma por um fármaco. Ora, se aqui tomarmos a referência à "causa" como *causa causae*, negaremos o seu carácter externo, e como tal o carácter accidental das lesões: a causa do evento causador das lesões – colisão, envenenamento – é patológica e, como tal,

⁴⁷⁹ HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., por exemplo, nm. 74 e 81. De um modo que parece mais infiltrado de preocupações de justiça social, salientam-se no ordenamento francês preocupações materiais na delimitação do âmbito natural do seguro de acidentes, considerando-se que este é, tal como o seguro de responsabilidade, marcado pela preocupação pretoriana de dar à garantia contratual o máximo de extensão possível no interesse das vítimas potenciais (HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., p. 1681). Já no ordenamento espanhol, *maxime*, relativamente ao conceito de lesão corporal, apela-se ao sentido médico dos termos, entendendo-se a lesão corporal como alteração ou deterioração anatómica de qualquer órgão ou parte do corpo humano, tal como o define a ciência médica (FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 100...", cit., p. 2610).

⁴⁸⁰ KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., pp. 75-76.

⁴⁸¹ Cfr. KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., pp. 72-75, e FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 100...", cit., pp. 2612-2613. Na esfera alemã, bem como na espanhola, é assim pacífico que não são causas accidentais, por terem origem interna, efeitos de doenças psicossomáticas ou de doenças infecciosas.

⁴⁸² Para mais exemplos, cfr. KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., pp. 75-76, referindo, vg., a intoxicação por gás venenoso, de ofensas à integridade física ou homicídio de que a pessoa segura seja vítima.

interna⁴⁸³. Diversa é a conclusão se tomarmos a referência à causa como causa próxima da lesão, ou seja, referência apenas ao evento que torna visível o processo causal conducente à lesão: aqui teremos em todos estes casos uma "causa-evento" – colisão, envenenamento – externa, e afirmaremos o carácter accidental das lesões⁴⁸⁴.

Nenhuma destas posições se revela, sem mais, a preferível. Em defesa da primeira (causa como *causa causae*), deve dizer-se que, pelo critério oposto, abraçar-se-iam como eventos externos ocorrências que constituiriam pura consequência inevitável de uma causa interna – juntando um ulterior exemplo aos dados acima, pense-se na queda causada por um delírio febril devido à malária de que padece a pessoa segura, queda essa que lhe causa uma fractura óssea... O evento seria, pois, aqui descortinável em qualquer queda/choque/embate, ainda que este não fosse dotado de qualquer autonomia causal.

Conquanto tal argumentação deva ser considerada, argumentos mais

⁴⁸³ É esta a posição reconhecida à jurisprudência superior belga, que requer a separação clara entre a causa (*causa causae*) e o evento, devendo a primeira ser externa. Assim, uma queda não deveria ser tida como causa, mas como mero evento. Refira-se, contudo, que a jurisprudência inferior tem oscilado nas suas posições quanto ao que deve valer como causa externa: para alguma jurisprudência, ou seja, à face de uma derrapagem causada por cansaço, ou do choque contra uma árvore causado por doença, a causa do acidente seria o embate ou a derrapagem – externas, como tal; para outra jurisprudência, tal seria o evento (accidental), e não a causa deste – que, nestes casos, se revelaria interna (neste último sentido, cfr. CLAUDE DEVOET, *Les assurances...*, cit., pp. 119-120, onde colhemos as indicações jurisprudenciais). Diga-se, porém, que, admitindo-se que basta que uma causa seja externa para que se esteja perante um acidente, o aparente rigor é suavizado. Assim, no caso de uma cirurgia devida a uma doença, mas durante a qual ocorre erro médico (cfr. pp. 120-121 da obra citada).

⁴⁸⁴ É esta a posição da doutrina e jurisprudência alemãs (cfr., por exemplo, HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., nm. 55; ULRICH KNAPPMANN, "§ 178", *Prölss/Martin Kommentar*, C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 17.01.2014), nm. 3) bem como da mais representativa doutrina francesa, apesar de se registar jurisprudência em sentido inverso (HUBERT GROUDEL, "Assuré décédé par asphyxie, des suites de l'ingestion, par "fausse route alimentaire", d'un aliment ayant obstrué ses voies aériennes, Anotação ao acórdão do Cour de Cassation, 2.^a Câmara Civil, de 24 de Maio de 2006", *RCA*, 9, 2006, pp. 21, p. 21, e HUBERT GROUDEL, "Assuré en état d'imprégnation alcoolique lors de l'accident (de la circulation), Anotação ao acórdão do Cour de Cassation, 2.^a Câmara Civil, de 7 de Outubro de 2004", *RCA*, 1, 2005, pp. 28-30, pp. 29-30. Com efeito, alguma jurisprudência francesa tem considerado que o acidente exclusivamente causado pela intoxicação etílica da pessoa segura não tem uma causa externa, não devendo ser reputado acidente. Criticamente, HUBERT GROUDEL, "Assuré en état...", cit., p. 29, considera que tal corresponde a uma confusão entre a causa da lesão – vg., acidente de viação –, que tem que ser accidental, e a causa do evento que provoca a lesão, que, salva previsão contratual contrária, pode ser de qualquer índole. Para efeitos de apuramento do carácter accidental da lesão, releva a *análise da causa da lesão, ou seja, do evento que a provoca, e não a análise da causa deste evento* – de outro modo, abrir-se-ia uma caixa de Pandora, já que a causa do evento que provoca a lesão assenta muitas vezes num *facto voluntário do lesado*. Acompanham-no JEAN BIGOT/PHILIPPE BAILLOT/JÉRÔME KULLMANN/LUC MAYAUX, *Traité de droit des assurances, Les assurances de personnes, IV*, LGDJ, Paris, 2007, p. 521. Mais sensata era, segundo estes autores, a jurisprudência anterior, que considerava inócuo para estes efeitos o estado de intoxicação etílica; este apenas poderia relevar mediante cláusula de exclusão que o contemplasse, sujeitando-se então aos respectivos requisitos formais e probatórios).

probatantes podem, porém, parece-nos, ser apresentados a propósito da segunda das teses (causa-evento). Deve recordar-se que o que se pretende com esta característica não é concretizar um qualquer princípio abstracto pelo qual se dissesse que pelo seguro apenas se poderia dar protecção a casos alheios à esfera do segurado. O que se pretende com ela é, antes de mais, *separar a cobertura típica do seguro de acidentes da cobertura típica do seguro de saúde*. Ora, não parece que tal seja problemático face aos exemplos dados, de embates devidos a causas patológicas: é, ao menos em abstracto, relativamente evidente a *distinção entre a reparação de danos derivados de uma doença e danos derivados de uma queda, ainda que causados por doença*: no nosso exemplo acima, enquanto que os custos do tratamento da fractura óssea, e atinentes à imobilização por esta causada, seriam danos causados pelo acidente, já os danos atinentes ao tratamento da malária e imobilização por esta causada seriam danos causados por doença.

A atenção à função legitimamente esperada do contrato não contraria, antes corrobora, este entendimento. Deste contrato, espera-se que proteja a pessoa segura também face às suas fragilidades e, como corrente, face mesmo à sua própria negligência. Ora, na extensão ou mesmo na produção do dano interferem sempre, em maior ou menor medida, as características e predisposições orgânicas da pessoa segura. Assim, a interferência de causas internas na produção do evento externo conducente à lesão deve ser entendida não como um pressuposto negativo da constituição do direito, mas antes como uma excepção a esta, devendo resultar claramente do contrato. Esta solução é também mais coerente com o que deve ser uma correcta distribuição do ónus da prova: provar o carácter externo da causa não deve equivaler desde logo à prova – de facto negativo – de que não se verifica qualquer causa interna concorrente.

Nem se esgrima com o apelo a um sentido comum da referência a uma causa externa. Na verdade, o sentido imediato dos termos do RJCS é o inverso: refere-se aqui a "causa da lesão", e não a "causa do próprio acidente", o que melhor conforta tal compreensão da causa como causa-evento, ou causa imediata, ao invés de causa do evento. Compreendidos aqueles casos limite, mais ordenadamente se percebe a cobertura de casos classicamente tidos como acidentais – o de envenenamento, infecção causada por agulha infectada, tiro negligentemente disparado contra o

⁴⁸⁵ Cfr. JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 398-399, considerando que, com a referência à determinação por *causa externa*, se distingue o acidente da doença, que resulta de um processo patológico formado no interior do corpo: seriam acidentais, e não providas de doença, as lesões geradas por afogamento, infecção causada por seringa contaminada.

⁴⁸⁶ É em sede desta nota do carácter externo da causa que a jurisprudência e doutrina francesa equacionam a dita exterioridade psicológica, que conflui com a nota da não intencionalidade – cfr. HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 1680 e ss. Entende-se que a *ratio* deste pressuposto é, duplamente, a da separação das lesões acidentais em relação, por um lado, às causadas por doença, e por outro às lesões intencionais – HUBERT GROUDEL, "Assuré décédé...", cit., p. 21. Parece-nos preferível separar as duas questões, que têm, como veremos e a doutrina francesa vincadamente afirma, aliás, referentes diferentes: para separar as lesões acidentais das causadas por doença, atenta-se na causa(-evento) da lesão; para separar as lesões acidentais das intencionais, o referente é a própria lesão.

⁴⁸⁷ Esta nota caracterizadora, atinente à externalidade do evento, foi convocada, na esfera alemã, para traçar as fronteiras da qualificação acidental numa ulterior constelação de casos. Trata-se aqui dos casos em que a lesão é *causada directamente por movimentos próprios e voluntários da pessoa segura*, como os implicados numa hérnia devida ao levantamento ou transporte de objectos pesados, numa lesão muscular ou tendonal devida a um movimento muito brusco durante a prática de desporto – vg., uma distensão muscular devida a um movimento brusco com a raquete de ténis – ou mesmo em práticas auto-eróticas que impliquem simulação de asfixia. Mostrando-se sensível ao facto de alguns destes eventos constituírem acidentes de acordo com a linguagem comum, a jurisprudência tem procurado isolar aquelas hipóteses que devem ainda ser tidas como acidentes e como tal cobertas (HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., nm. 66-71; na jurisprudência, fazendo uso deste critério veja-se o ac. do OLG de Dresden, de 8 de Outubro de 2007, 4 U 1046/07, atinente a uma lesão no ombro causada por levantamento de um depósito de água; ULRICH KNAPPMANN, § 178, cit., pp. 4-12). O critério geral recortado a partir da casuística reconhece ainda um acidente quando, ainda que o *movimento tenha sido voluntariamente iniciado pela pessoa segura, o processo a que este dá causa não decorre de modo controlado pela vontade, ou ocorre de modo irregular, e um evento externo seja pelo menos concausa do dano*. Tal ocorre no caso de danos sofridos *quando o segurado manuseia um determinado objecto, que sai do controlo do segurado e, pela sua própria dinâmica, lhe causa danos*, que estes são ainda acidentais – vg., no caso de uma lesão traumática quando um sujeito perde o controlo sobre o objecto pesado que transporta em conjunto. A estes acrescem, com carácter acidental, os casos em que *o sujeito tropeça ou cai devido a condições anormais do terreno* – piso escorregadio, irregularidade do piso ou fenda neste, desde que sejam fora do comum – ou devido a *uma avaliação errada do meio* – vg. o sujeito não se apercebe de um obstáculo. Aqui, o processo iniciado pelo movimento da pessoa segura decorre de modo irregular. Opostamente, são tidos por *não acidentais* os danos decorrentes de movimentos controlados pela pessoa segura, i.e. *os movimentos comandados pela sua vontade e que decorram regularmente ou de acordo com o plano*, mas que *produzem consequências lesivas desconformes à vontade da pessoa segura* (KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., pp. 83-85 e 89). Diz-se, pois, que não há acidente face a um movimento correspondente a um decurso regular, mas com consequências irregulares – como as situações de levantamento de cargas ou esforços excessivos, em que não ocorre qualquer perda de controlo sobre os objectos (sujeito que levanta e pousa de modo controlado um objecto pesado, derivando porém de tal excesso uma hérnia; ou que se lesiona ao procurar arrancar um arbusto do solo), ou as situações de realização de movimentos bruscos durante a prática de desportos (sujeito que, estando se joelhos, se ergue rapidamente e lesiona os joelhos; ou que se lesiona durante devido a distensão do corpo numa jogada de ténis). Assim, HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., nm. 71, critica a jurisprudência do BGH em que este atribui carácter acidental a lesões decorrentes de pequenos saltos para o chão (da altura de um banco doméstico), em que o movimento decorre tal como planeado pela pessoa segura, mas esta avalia mal a dureza do solo e embate neste.

Trata-se, parece-nos, de critérios sobretudo norteados pela tentativa de sistematização de considerações de equidade, e em que por isso é iniludível certa contradição face às construções gerais. Assim, sobreleva aqui, na construção do que seja a "causa externa" do acidente, a atenção não ao critério que vimos ser seguido em sede geral, atinente a uma exterioridade física da causa-evento, mas sim a critérios do maior ou menor controlo do processo causal pelo segurado, face à conversamente menor ou maior interferência de elementos de anormalidade causal – o que acaba por aproximar esta aferição, de algum modo, de parâmetros de diligência. Note-se, de resto, que a

O carácter externo da causa da lesão é também questionado quando não há um factor externo a actuar imediatamente sobre o corpo da pessoa segura, mas sim sobre o seu espírito: há uma realidade externa que psicológica ou sensorialmente afecta a pessoa segura. Esta questão deve, porém, ser separada da questão atinente à natureza das lesões provocadas pelo acidente: este choque psicológico pode causar danos na saúde física, e não meramente psíquica, da pessoa segura. Pense-se numa situação de pânico perante uma agressão física que não se chega a consumir, que provoca um enfarte na pessoa segura; diverso (e simétrico) será o caso do padecimento por esta de danos psicológicos em consequência de um evento accidental que a atinja corporalmente – vg., um estado depressivo devido à imobilidade provocada pelo tempo de recuperação das lesões de um acidente rodoviário. Adiante discutiremos a possível relevância dos danos psicológicos. Face às hipóteses em que é o percepção de um acontecimento externo que causa danos corporais no sujeito não encontramos indicação que motive a sua exclusão. O RJCS exige que a lesão corporal – aqui em causa – seja provocada por causa externa. Ora, continuaremos a descortinar uma colisão entre um factor externo e a esfera da pessoa segura, mesmo onde tal colisão seja não física, mas devida ao perceber ou sentir pela pessoa segura desse factor externo. Este é, de resto, o entendimento já manifestado – em parte, a propósito da questão de grande importância prática dos danos causados por acidentes cardiovasculares – pela nossa jurisprudência superior⁴⁸⁸ e é o entendimento relativamente generalizado nos ordenamentos mais próximos⁴⁸⁹. Isto desde que se prove que as lesões corporais

jurisprudência francesa parece também admitir com bastante largueza a verificação deste carácter da exterioridade, alargando-o às hipóteses de lesão por realização de esforço físico intenso, por parte do segurado, na sequência de eventos que o exijam –JEAN BIGOT/PHILIPPE BAILLOT/JÉRÔME KULLMANN, et al., *Traité IV*, cit., p. 519.

⁴⁸⁸ Cfr. o Ac. do STJ de 21 de Abril de 2009, Processo n.º 09A0449, considerando que "constitui acidente e não doença, o facto do segurado ter durante a execução do seu trabalho, em circunstâncias climatéricas hostis e em estado de cansaço e stress, [...] sido acometido subitamente de sintomas reveladores da existência de um acidente vascular cerebral (AVC)".

⁴⁸⁹ Em Espanha, a posição do Tribunal Supremo tem sido a de admitir que nos encontraremos ainda perante acidentes quando *para a sua produção concorra uma causa externa – vg., stress, realização de um esforço violento, excesso de trabalho, ou a tensão nervosa* (cfr. a jurisprudência citada em BEGOÑA ARQUILLO COLET, "El infarto como accidente en el contrato de seguro, Comentario a las SSTs, 1a, 11.11.2003 y 27.11.2003", *InDret*, 2, 2004, disponível em www.indret.com (consultado pela última vez a 27.11.2014), *passim*, com a opinião concordante da autora, nas pp. 3-4). Em geral, para admitir o carácter accidental de um enfarte, a jurisprudência cível exige que o interessado faça prova da sua natureza de consequência *súbitas e imediatas de uma causa externa*. Assim, vg., admite-se o carácter accidental de um enfarte derivado de uma situação de stress quando se prove a relação causal violência moral-stress-morte. É, no fundo, exactamente a este tipo de situação que se

referem a doutrina italiana, bem como a espanhola, quando consideram que, face à referência a uma lesão corporal, a lesão psíquica só releva quando esteja associada a uma diminuição física, não relevando como lesão a alteração puramente psíquica provocada pelo medo ou choque – GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata...* cit., pp. 157-158; ANTIGONO DONATI, *Tratatto... III*, cit., p. 528; FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 100...", cit., p. 2610; cfr. porém p. 2611.

Na Bélgica, rejeitando-se o carácter accidental dos danos atinentes a um enfarte devido ao exercício das tarefas rotineiras do trabalho, já se admite tal qualificação accidental quando circunstâncias particulares atinentes ao exercício do trabalho possam ter provocado um quadro de stress desencadeador de um enfarte. Não se trata aqui de exigir uma particular intensidade do factor externo, mas antes de exigir que este *actue também subitamente*. A jurisprudência belga tem ainda admitido o carácter accidental dos danos provocados em certas hipóteses de choque nervoso: num caso, tratava-se dos danos atinentes a uma insuficiência cardíaca causada pelo pavor sentido por um idoso devido a um acidente de viação que, em si, apenas tinha causado danos materiais; no outro, de uma idosa que sofreu uma trombose quando se apercebeu, de manhã, que a sua casa tinha sido roubada durante a noite (CLAUDE DEVOET, *Les assurances...*, cit., pp. 120-121). Na ordem jurídica francesa, embora se afirme o princípio de que o choque emocional ou nervoso consequente de um acontecimento impressionante basta para que se possa falar de acidente – como nos dão nota JEAN BIGOT/PHILIPPE BAILLOT/JÉRÔME KULLMANN, et al., *Traité IV*, cit., p. 517 –, acaba por ser negada a existência de uma causa externa, sem um critério claro de demarcação, em hipóteses análogas (vg., caso do ataque cardíaco subsequente à notícia da promoção ou a sobrecarga devida a um acréscimo de trabalho, citados na p. 520 de JEAN BIGOT/PHILIPPE BAILLOT/JÉRÔME KULLMANN, et al., *Traité IV*, cit.).

No quadrante alemão, a posição da jurisprudência dominante tem sido a de afirmar a accidentalidade dos casos em que ocorre mera tomada de consciência de um acontecimento externo, sem contacto corporal com a pessoa segura (ULRICH KNAPPMANN, "Psychische Erkrankungen und psychische Einwirkungen in der privaten Unfallversicherung", in *Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht, Festschrift für Egon Lorenz zum 80. Geburtstag*, MANFRED WANDT/PETER REIFF/DIRK LOOSCHELDERS/WALTER BAYER (coord.), Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2014, pp. 175-185, p. 177; quanto ao que dizemos de seguida, pp. 178-179). Mais reticente, a doutrina tem procurado restringir essa possibilidade apenas a certas hipóteses, recordadas de acordo com critérios diversificados. Procura-se por vezes restringir as hipóteses de acordo com o sentido dado ao termo "evento": este deveria ser uma alteração no mundo exterior perceptível por terceiros; ora, tal não ocorreria nos casos em que o choque psicológico com a pessoa segura resultasse apenas da comunicação de um dado facto externo – aqui, o choque não coincidiria com qualquer alteração no mundo exterior. Por sua vez, HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., nm. 65-66, rejeita a distinção entre os casos em que o choque derive da percepção sensorial de um fenómeno externo e aqueles em que derive do recebimento de uma notícia perturbadora. O autor convoca para esta sede o critério de relevância dos "Schockschaden": estes valem quando, para um sujeito com sensibilidade média, fosse compreensível no contexto a ocorrência de um dano na saúde no seu tipo e gravidade superior ao normal. Merece, nesse passo, a crítica de (ULRICH KNAPPMANN, "Psychische...", cit., p. 178: além de o conceito não se tornar por essa via muito mais incisivo, introduzia-se assim uma contradição sistemática, já que a especial fragilidade da pessoa segura, devida a causas patológicas, releva já para levar à diminuição ou exclusão da prestação, não fazendo sentido erguê-la desde logo a pressuposto para a constituição do direito. Por sua vez, KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., sobretudo pp. 78, 81 e 83, propõe uma equiparação às situações de actuação imediata sobre o corpo daquelas em que a pessoa segura é exposta a uma situação comparável a um embate, tomado no seu sentido comum de evento produtor de efeitos a partir do exterior. Apresentariam analogia bastante com os de actuação imediata de um evento externo sobre o corpo do sujeito os casos em que na cadeia causal conducente ao dano na saúde da pessoa segura ocorresse pelo menos um embate desta com um objecto ou uma pessoa – assim, no caso da emissão de fumo provocadora de stress que, por sua vez, provoque asfixia; mas já não haveria este embate no caso em que a pessoa segura apenas ouvisse, visse ou cheirasse determinado evento e em virtude da impressão por tal suscitada sofresse um dano físico – caso do enfarte provocado por audição dos fortes trovões de uma tempestade. Além da labilidade de tal divisória, salienta-se (assim, ULRICH KNAPPMANN, "Psychische...", cit., p. 178) que, em face dos casos excluídos, não era menor a presença de um evento externo do que em face dos incluídos. De resto, face à cláusula das AUB que exclui a cobertura (em sede, portanto, de cláusula de exclusão) nas hipóteses de "perturbações patológicas consequentes de reacções psíquicas" (mantida nas AUB 2104, 5.2.6.), ULRICH KNAPPMANN, "Psychische...", cit., pp. 180-182, o autor considera que tal se refere a eventuais danos puramente psíquicos do acidente, e não ao facto de no

foram consequência directa de tal percepção. Já a exigência de intensidade ou gravidade do factor externo parece indutora de insegurança.

Tal causa deve ainda ser *súbita e imprevisível*, impondo o RJCS a actuação cumulativa destes pressupostos. Tal não é uma constante nos ordenamentos mais próximos⁴⁹⁰. Porém, interpretados os requisitos de um modo consequente com a protecção das expectativas dos segurados, veremos que tal não nos afasta particularmente de outras ordens jurídicas que pareceriam dispensar tal verificação cumulativa, mas que, em atenção àquele sentido a que as normas vêm colimadas, têm vindo a debruçar-se sobre estas características. Reportamo-nos aqui especialmente à experiência jurídica alemã, em sede da qual se tomou especialmente em consideração as implicações dos vários sentidos possíveis da referência à subitaneidade ("Plötzlichkeit").

Nesta ordem jurídica, o sentido tradicional com que o termo é usado em sede contratual é um sentido temporal⁴⁹¹. Porém, o sentido geral do termo acidente distende-o para lá destes eventos de produção rápida, afirmando um acidente mesmo face a situações de exposição prolongada a uma fonte de danos (vg., gás, raios-X). Assim, face à redacção originária da VVG, que não dava indicações neste sentido, a jurisprudência via-se no dilema de se vincular a um sentido restritivo atinente ao carácter repentino do evento, tal como indicado pela referência contratual à "Plötzlichkeit", ou alargar o conceito tal como exigido pelo sentido e finalidade do seguro de acidentes (protecção contra o infortúnio). Já esta preocupação se manifestou na jurisprudência do RG, que considerou que a característica da subitaneidade não se esgotava na rapidez, mas incluía também a referência ao inesperado, imprevisível e inevitável⁴⁹². Desde então, estas duas

sinistro não haver um contacto físico traumático, mas um contacto traumático apenas em sede de percepção.

⁴⁹⁰ Tal como vimos acima, em nota. Refira-se apenas que, na ordem jurídica francesa, a *Cassation* decidiu já expressamente, em 15 de Março de 1972, no recurso n.º 70-10071, que não se considera que a imprevisibilidade seja requisito do carácter accidental do evento (salvo, claro, pacto em contrário).

⁴⁹¹ Veja-se HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., nm. 73-75 e KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., pp. 92 e ss. Parece ser este também o sentido com que o STJ usa o termo. Cfr. o ac. de 18 de Dezembro de 2012, processo n.º 656/03.2TBM.TA.L1.S1, considerando que a normal subida da maré não é um facto imprevisível; e que a "realização da manobra de inversão de marcha no areal que "escondia" uma depressão lodosa onde ficou presa a roda traseira esquerda e da qual o condutor não se apercebeu, não preenche os requisitos de causa súbita", não é causa súbita, porque um condutor razoavelmente prudente, ao avançar por uma estrada de terra batida junto ao rio até ao ponto da manobra se deveria aperceber da possibilidade de existência de lodo.

⁴⁹² Similarmente, para acolher a cobertura de um dano resultante de processo causal não instantâneo – acidente cardiovascular na sequência de esforço intenso –, o STJ considerou, na interpretação de

acepções do termo, temporal-objectiva e prognóstica-subjectiva, entraram nas referências doutrinárias e jurisprudenciais, sem se tornar clara a sua articulação: se eram exigências cumulativas, alternativas, ou se alguma tinha precedência sobre a outra. O legislador histórico de 2008 veio, na fundamentação da VVG, dar prevalência à acepção subjectiva do termo – no que, ao contrário do que afirma, não se limita a descrever um estado de coisas existente⁴⁹³.

Tal argumento histórico tem, contudo, em termos de interpretação legal, um peso relativo. Por sua vez, a doutrina, alicerçada em preocupações prático-normativas de tutela do sentido e finalidade do contrato, acaba muitas vezes por exigir uma certa cumulatividade aos dois requisitos⁴⁹⁴. Entende-se que abdicar do critério objectivo-temporal para assentar apenas no facto da imprevisão conduziria à qualificação accidental de danos provocados por exposição muito prolongada a uma fonte de riscos – vg., amianto –, dissolvendo, vg., as fronteiras entre acidentes e doenças profissionais. E que assentar apenas no carácter repentino do evento, exigindo-lhe uma pura instantaneidade, seria desnaturar o contrato face às hipóteses em que o factor externo exige certo tempo de exposição. Como tal, os dois requisitos acabam por ter que conviver, conquanto se não exija que valham ambos, em todos os casos, com igual intensidade.

Sendo o escopo do recorte do sinistro, à face da RJCS, similar ao aqui

apólice onde os dois conceitos não surgiam a par, o requisito da subitaneidade como "imprevisibilidade" (Ac. do STJ de 21 de Abril de 2009, Processo n.º 09A0449).

⁴⁹³ Manifestou-se o entendimento segundo o qual ao elemento temporal não deveria ser outorgada importância prioritária ou decisiva (ALEMANHA, *VVG-RegE*, cit., p. 107), devendo antes o evento em causa ter ocorrido de modo inesperado, surpreendente e por isso inevitável de o evento ter sido inesperado, surpreendente e por isso inescapável.

⁴⁹⁴ Assim, HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., nm. 76, considera que o § 307 do BGB barraria uma definição contratual da subitaneidade como pura instantaneidade; e limita (nm. 79) o sentido subjectivo por apelo a um critério temporal, para excluir a cobertura de danos provocados por exposição muito prolongada a uma fonte de riscos. Por sua vez, KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., pp. 94-96, considera que, em regra, os dois critérios devem ser sucedâneos, bastando a verificação de qualquer um deles. Porém, quando a tónica se colocar sobre o elemento subjectivo, este deve ser corrigido por recurso a uma referência temporal (assim, também ULRICH KNAPPMANN, § 178, cit., nm. 13). Como noutros casos, entende-se que o termo deve valer com o sentido que lhe daria um tomador informado, devendo ir-se, portanto, no encontro do uso geral do termo. Ora, o sentido comum do termo é mais próximo da rapidez do que da imprevisibilidade; e não consente, ainda que o evento seja de todo surpreendente, que este ocorra lentamente. Por outro lado, a concentração no elemento pessoal traria facilmente o perigo da mistura de questões de culpabilidade na prova da subitaneidade – ou seja, a necessidade da prova da imprevisibilidade poderia converter-se na necessidade de prova da ausência de culpa, com inversão do ónus da prova. Por outro lado, tal concentração no elemento pessoal levaria a uma extensão indevida do conceito de acidente – assim, vg., eventos danosos com influência ambiental, ainda que se produzissem lentamente, seriam accidentais. Em conclusão, quando o evento for súbito em sentido temporal, preenche-se o requisito; quando não o for, poderá o requisito preencher-se por via do sentido subjectivo do termo, desde que não se supere a fronteira da verificação lenta do evento.

apontado – compatibilizar o sentido do recorte contratual com a protecção legitimamente expectável pelo sujeito que se segura contra o infortúnio –, parecidos que preocupações similares devem conduzir a nossa interpretação das normas legais nacionais. Os dois requisitos devem, pois, entender-se como simbioticamente relacionados: se não se pode pensar o acidente sem a componente da limitação temporal da actuação de uma causa externa, tal limitação não deve ser reduzida às hipóteses de instantaneidade – assumindo a nota da imprevisão, nas hipóteses de maior distensão temporal, maior relevo qualificatório.

A causa deve, pois, à face do RJCS, ser *súbita*. Separando o RJCS o requisito da subitaneidade do requisito da imprevisibilidade, como vimos, tal vale num sentido inquestionavelmente temporal objectivo. Tal é, de resto, o sentido com que o termo vale normalmente nos ordenamentos mais próximos do Direito comparado⁴⁹⁵. Deve, então, a causa da lesão operar num espaço de tempo curto, com rapidez, portanto, não havendo um acidente face a causas que actuam lentamente sobre o corpo, através da exposição continuada ou repetida. Por esta via, apartam-se os acidentes das doenças profissionais. Assim, o processo deve decorrer num período de tempo delimitado e contínuo – como o decurso de um turno de trabalho, uma actividade desportiva concreta ou o decurso de uma concreta medida terapêutica⁴⁹⁶. Não é, porém, possível a determinação em abstracto do que é um espaço temporal curto, sendo indispensável atender ao tipo de evento em causa⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ É muito marcante a influência da doutrina italiana entre as ordens jurídicas próximas. Coube a Carnelutti e a Borri (cit. ap. GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata...* cit., pp. 147 e 154) esclarecer que com o qualificativo não se designa o facto em si, mas sim o modo de produção da sua eficácia, designando uma causa de acção rápida. Este entendimento foi sobretudo difundido por ANTIGONO DONATI, *Tratatto... III*, cit., p. 527, amiúde citado, que considera que a referência à causa violenta não implica "che violento debba necessariamente essere il fatto causale in sè [...] ma che debba esserlo la sua efficacia lesiva [...]": causa violenta non è quindi soltanto causa traumatica, ma ogni causa ad azione lesiva rapida". Acolhe estas mesmas considerações JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., pp. 398-399. Na Espanha, a expressão surge reproduzida em FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 100...", cit., p. 2611, carregando a referência ao carácter súbito e violento da causa este sentido temporal. É também temporal o sentido que se atribui à característica da subitaneidade do evento, referida nas apólices belgas – CLAUDE DEVOET, *Les assurances...*, cit., p. 117. Também na França se refere, como vimos, o requisito da violência do evento e se tem igualmente o requisito por redundante (LAETITIA NOËL, "La notion...", cit., p. 319, e HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 1685-1686). Com efeito, ou surge assimilado à subitaneidade, referindo a ocorrência repentina do evento; ou retrata o facto de o evento, podendo ser um facto de pouca gravidade, não poder ser um facto totalmente banal e não apto a causar o dano.

⁴⁹⁶ HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., nm. 79.

⁴⁹⁷ KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., pp. 97-98. A doutrina francesa alia este requisito ao da exterioridade da causa: a respectiva produção repentina convém a um evento externo, e não a uma

Trata-se aqui da actuação do evento, note-se, e não da produção das consequências lesivas – esta produção nem tem que ser repentina (vg., no caso da morte ocorrida devido à prática do mergulho, mas que só ocorre no dia a seguir) nem tem que acontecer simultaneamente com a produção do evento (caso dos eventos acidentais distendidos no tempo, *maxime* quando compostos por vários factos – caso do alpinista que cai numa fenda, onde depois vem a morrer por hipotermia)⁴⁹⁸. A subitaneidade não implica que se trate de um puro acaso, entendendo-se que o significado do seguro de acidente exige a protecção também face a danos decorrentes não do puro acaso, mas de fraquezas ou falhas humanas (cansaço, desatenção...).

A causa deve ainda ser imprevisível. Consideramos também aqui probante a argumentação que dá um *sentido subjectivo a este requisito*: não se adopta um critério da imprevisibilidade, mas afere-se se o evento em causa *foi ou não efectivamente previsto* pela pessoa segura⁴⁹⁹. De outro modo, face a situações que tipicamente acarretam riscos elevados – e face às quais é justamente mais necessária a protecção seguradora, como os desportos e as actividades com máquinas –, negar-se-ia cobertura alegando o facto de tal evento não ser, nesse contexto, inesperado. Por outro lado, importa separar este requisito de questões de culpabilidade. Ora, a transformação deste requisito na aferição de um dever de prever mediante o cuidado exigível imporia ao segurado a prova da não culpabilidade enquanto pressuposto objectivo do seu direito⁵⁰⁰.

Considera-se que o evento é previsível, não havendo portanto acidente, quando o atingido tiver efectivamente reconhecido *o tipo e o momento temporal da*

doença. Assim, tendem a aligeirar a exigência de produção rápida quando estiver estabelecido o carácter exterior da lesão HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., p. 1684.

⁴⁹⁸ Cfr. KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., pp. 90-92; FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 100...", cit., p. 2610. No caso dos eventos acidentais que se compõem de vários factos (*mehraktige Unfallereignisse*), a pessoa segura cai ileso numa situação inescapável de desamparo, ficando então exposta a certos danos corporais, que tem que suportar (vg., pessoa que cai ileso numa fenda ou alpinista preso na tempestade, que têm depois que suportar os efeitos do calor ou do frio) – cfr. KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., p. 70; HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., nm. 86.

⁴⁹⁹ HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., nm. 77. Sem grandes desenvolvimentos, também JEAN BIGOT/PHILIPPE BAILLOT/JÉRÔME KULLMANN, et al., *Traité IV*, cit., p. 517, referem, a propósito da exigência nas apólices de que o evento fosse imprevisível, que a imprevisão não deve ser confundida com a imprevisibilidade.

⁵⁰⁰ HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., nm. 77; KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., pp. 98-101. Não basta, portanto, a referência a uma cognoscibilidade, por apelo aos conhecimentos geralmente difundidos: é necessário que a pessoa segura tenha concretamente esperado a produção do evento.

produção do evento. Mas não só, requerendo-se que seja prevista a *intensidade de tal produção*; de outro modo, continuaríamos a excluir a natureza accidental de eventos sofridos num contexto de exposição ao risco – por exemplo, o facto de o impacto da bola sobre a mão do guarda-redes ser esperado não implica que também o seja a intensidade de tal impacto⁵⁰¹. Para além da previsão do evento, deve ter sido previsto o *dano iminente a ele ligado*. Não é necessário *identificar o dano que concretamente se verificará* (as concretas consequências que o evento terá sobre a sua saúde): basta que reconheça o risco inerente ao evento nas suas múltiplas possibilidades de causação do dano. Com isso excluem-se danos causados por eventos repetidos ou continuados – vg., quando um sujeito nota o perigo de intoxicação, mas continua a expor-se⁵⁰². Ora, quando a pessoa segura tenha previsto o evento lesivo e a sua potencialidade lesiva, e, podendo ainda afastar esses efeitos ameaçadores, não o tenha feito, a lesão não será accidental.

b. A não intencionalidade

Ao contrário de outras ordens jurídicas, o RJCS não refere a nota do carácter não intencional ou não voluntário da causa da lesão ou da própria lesão⁵⁰³. Cumpre,

⁵⁰¹ É o exemplo de escola referido em HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., nm. 81 (outros casos emblemáticos são os da simulação auto-erótica de asfíxia). Tal é requerido, face a efeitos produzidos de modo repentino, que fossem previstos na sua produção, mas tenham tido uma intensidade surpreendente, para dar cumprimento ao sentido e finalidade do contrato, atinente à protecção contra incidentes indesejados.

⁵⁰² Vg., no caso de um veterinário que visita um estábulo durante três noites seguidas e acaba por sofrer um enfarte devido a intoxicação cumulativa por efeito dos gases aí existentes, sentindo-se indisposto logo desde a primeira visita – HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., alterando ligeiramente os factos atinentes a um caso a que o BGH reconheceu natureza accidental (o veterinário esteve, por ocasião do seu trabalho no estábulo, 20 minutos especialmente exposto ao risco, desmaiando nessa sucessão).

⁵⁰³ Segundo a VVG, é a lesão da saúde a ser caracterizada pela involuntariedade (a *Unfallereignisfolge*), e não a respectiva causa (o *Unfallereignis*). Já segundo a letra da LCS, é a causa da lesão, e não a própria lesão, a não ser intencional. Porém, ao tratar a questão, a doutrina (FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 102. Provocación del siniestro", in *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 octubre, y a sus modificaciones*, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO (coord.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010, , 2645-2646) acaba por perspectivar a voluntariedade face à causação do sinistro, o que compreende a lesão corporal; e chega, de resto, a conclusões práticas muito similares às defendidas no pensamento alemão. Diga-se, de resto, que a sistemática da LCS não foi particularmente conseguida, já que, à menção de que a causa deve ser "ajena a la intencionalidad del asegurado", acresce o regime do art. 102., 1, que declara que se o segurado provocar intencionalmente o sinistro, fica o segurador liberado do cumprimento da obrigação. A sobreposição dos dois regimes está à vista: se num deles, se exclui da cobertura os factos intencionais do segurado, colocando-os fora da própria noção de acidente, no outro libera-se o segurador da obrigação de prestar no caso da provocação intencional do sinistro. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 102...", cit., pp. 2650-2651, considera, aliás, que nem no segundo caso há uma verdadeira exoneração: estamos perante uma situação de exclusão de cobertura, pelo que o

pois, apurar o significado desta omissão.

Decorre do exposto que nada tem de adverso ao sentido e finalidade do seguro de acidentes – bem pelo contrário – a cobertura de lesões derivadas de actos, em si, voluntários. Basta pensar nas lesões provocadas pelo uso de objectos potencialmente lesivos, da condução de veículos... Seria, pois, um grande estreitamento da noção de acidente face ao seu sentido corrente, passando a cobertura deste seguro a ter uma utilidade prática reduzida⁵⁰⁴. Coisa diversa vale quando a voluntariedade se refere à própria lesão: é bom de ver que um ferimento voluntariamente causado não pode ser tido por accidental. Não é necessário que tenha havido vontade de produção daquela específica lesão em concreto; relevante é a vontade de produção de *lesão corporal que se compreenda numa moldura atinente a determinado tipo e extensão*. Tal releva em casos em que o sujeito perde o controlo de um processo voluntário de causação de danos e sofre lesões de magnitude diversa da planeada⁵⁰⁵ – pense-se num sujeito que, durante a execução de uma tatuagem no seu corpo, perde o controlo sobre o instrumento de perfuração; ou, mais uma vez, nos casos das lesões sofridas em cenários de práticas auto-eróticas.

Ora, a omissão deste caractere face ao recorte da noção de acidente não dita a

dever de prestar não se chega sequer a constituir. Saliente-se ainda que, na Itália, esta corresponde à nota da fortuitude, que por sua vez se exprime em o acidente não dever ser querido pela pessoa segura (MARCO ROSSETTI, *Il diritto...II...* cit., p. 588, referindo-se equivocadamente à *causa do acidente*, mas ilustrando a afirmação com o exemplo do suicídio); esta nota é reconduzida, no plano legal, ao regime da exclusão de cobertura do sinistro dolosamente causado (art. 1900.). Já assim, ANTIGONO DONATI, *Tratato... III*, cit., p. 530, que contudo não se referia à fortuitude enquanto nota constitutiva do conceito de acidente, tratando-a antes exactamente como uma hipótese de exclusão do risco. Num sentido mais restrito, GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata...* cit., p. 151, tinha por fortuitas apenas as lesões provocadas pelo segurado (pessoa segura) de modo não doloso nem culposo. Lembre-se que, no quadrante francês, a nota da não intencionalidade surge também recortada como decorrência do carácter externo da causa da lesão, sendo tal "externalidade" entendida num sentido psicológico (HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 1680 e ss.).

⁵⁰⁴ HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., p. 1681, considerando que a não cobertura da simples negligência privaria o seguro de acidentes do seu papel essencial e ainda que o seguro de acidentes pessoais é, tal como o seguro de responsabilidade, marcado pela preocupação pretoriana de dar à garantia contratual o máximo de extensão possível no interesse das vítimas potenciais. Também na Itália se considera que vale aqui o art. 1900. do Codice, ditando, salvo convenção em contrário, a cobertura dos sinistros devidos a culpa leve MARCO ROSSETTI, *Il diritto...II...* cit., p. 588); noutra sentença, antes, GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata...* cit., pp. 150-151, por referência porém ao carácter fortuito da causa da lesão – nota que interpreta de acordo com a noção de caso fortuito.

⁵⁰⁵ HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., nm. 87; já ULRICH KNAPPMANN, § 178, cit., nm. 21, parece mais restritivo, sublinhando, desde logo, que a lesão não tem que ter sido querida nas suas particularidades, bastando que se compreenda no quadro – a conceber de modo não demasiado estreito – das representações do lesado. O autor ilustra a sua compreensão com o exemplo de um sujeito que amputa a mão em vez do dedo planeado – negação do carácter accidental face a tal – e ainda provoca ferimentos na sua perna – estes teriam já carácter accidental.

sua irrelevância, antes se articula sistematicamente com a regra sobre não cobertura de actos dolosos (art. 46.º)⁵⁰⁶. Na verdade, como acabamos de ver, a causação voluntária/intencional da lesão corporal corporiza a causação intencional do sinistro típico do seguro de acidentes pessoais. Poder-se-ia, contra tal ideia, considerar que a não intencionalidade, devendo ser tida como conatural à noção de acidente, não deveria ser relegada para o campo das excepções à cobertura, sendo tal enquadramento sistematicamente incorrecto. Não nos parece, porém: o relevo negativo deste pressuposto – vale *como excepção, e não como fundamento positivo* – logra a mais adequada distribuição do ónus da prova, eximindo o segurado à prova do facto negativo da involuntariedade da lesão.

Como dissemos, voluntários serão apenas os sinistros intencionais, e não meramente culposos – o carácter accidental da lesão não rejeita que tenha havido negligência da parte da pessoa segura; e, na sequência do que dissemos há pouco, a preservação da utilidade prática do seguro de acidentes supõe-no.

Não basta, pois, a mera negligência, ainda que grosseira; e exige-se imputabilidade. Compreende-se aqui o dolo eventual: assim, haverá uma lesão voluntária quando a pessoa segura tiver efectivamente previsto a lesão e se tiver conformado com esta⁵⁰⁷.

c. A lesão corporal em sentido lato

A causa accidental tem que actuar sobre a pessoa segura, produzindo-lhe, nos termos do RJCS, lesão corporal, invalidez ou morte. Uma primeira questão que a este propósito se levanta é a de como se deve entender o sinistro nos termos em que este é recortado pelo RJCS: se se deve entender que as consequências da causação de invalidez ou morte integram o próprio conceito de sinistro, ou se se deve entender que basta para ele a referência a um evento accidental que causa uma lesão corporal.

Havemo-nos aqui com um problema colocado pelos seguros cujo processo de causação de dano se prolonga no tempo, o que acontece nomeadamente nos casos em que tal processo se compõe de vários actos. É o problema derivado do facto de o

⁵⁰⁶ Paralelamente, face à omissão do requisito do Anteprojecto de LCS, datado de 1969, considerava-se que a intencionalidade da lesão apenas relevava como exclusão causal do risco (cfr. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 100...", cit., p. 2614).

⁵⁰⁷ KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., pp. 110-111.

conceito de sinistro ser associado a diversas consequências jurídicas, colocando-se a questão de saber se os preceitos que as prevêm se reportam sempre a um mesmo ponto desse processo causal – vale por dizer, se acolhem sempre a mesma noção de sinistro. Não há, aqui, porque pré-fixar em abstracto um mesmo conceito de sinistro que possa valer para todos os regimes, quando estes não colocam questões idênticas.

Assim, se o sentido do dever de minoração do dano postula que este surja quando se complete o mínimo de componentes do processo causal necessários para que a ocorrência seja reconhecível como acidente – que se produza acidentalmente uma lesão corporal, ou, numa interpretação maximalista, que esta esteja iminente –, já a duração de tal dever deverá reportar-se a todo o arco temporal de produção do dano – vindo aqui implicada uma referência ao sinistro como totalidade deste processo causal. Nenhum destes juízos é já mobilizável para fundar soluções quanto à recondução do sinistro ao âmbito temporal da cobertura. Aí, está em causa a tutela das legítimas expectativas do segurado na obtenção de cobertura, não se devendo colocar tal na dependência do momento aleatório em que as consequências definitivas da lesão se venham a completar – mais ainda, quando a duração dos contratos é, nos termos supletivos do RJCS, de um ano⁵⁰⁸. De resto, este resultado não se coadunaria com as valorações expressas na lei no caso paralelo do seguro de responsabilidade civil, cujo sinistro pressupõe também um processo causal distendido no tempo⁵⁰⁹.

Analisemos, pois, essas consequências lesivas cuja produção completa o processo danoso. Quanto ao conceito de morte, este, ainda que não contratualmente estipulado, é relativamente unívoco. Pode, porém, perguntar-se qual a extensão dos conceitos de lesão corporal ou de invalidez.

⁵⁰⁸ Lembre-se que entre o momento em que tem lugar a lesão corporal e o momento em que se pode avaliar a totalidade dos seus efeitos no sujeito – inclusivamente por intervenção da sua morte – pode interceder um período de tempo relativamente longo; e que este pode estender-se mais ou menos em função de vários factores estranhos ao controlo da pessoa segura, como a sua própria constituição física.

⁵⁰⁹ Com efeito, tal não faria sentido, no todo sistemático da lei, perante o cuidado que foi tido em relação a outro tipo de sinistros em que as consequências e o facto se costumam apartar no tempo. Pensamos no seguro de responsabilidade civil, em que, desde logo, se parte supletivamente da fixação como sinistro do facto gerador de responsabilidade, daí derivando a cobertura das suas consequências, independentemente de quando se produzam (art. 139.º, n.º 1). E, quando se admite que o sinistro seja cumulativamente definido pelo facto gerador de responsabilidade e a apresentação da correspondente reclamação ("claims made"), não deixa de se impor semi-imperativamente uma extensão temporal dos efeitos da cobertura (art. 139.º, n.º 2). Não se justificaria, pois, que a própria lei, no caso do seguro de acidentes, viesse de um modo pouco claro adoptar uma definição restritiva do sinistro, em violação das expectativas legítimas do segurado, sem sequer adoptar um cuidado paralelo.

Quanto à lesão corporal, não levanta especiais questões a inclusão de danos apenas nos órgãos internos e/ou apenas externas, com feridas expostas. Ambos são danos sofridos no corpo, entendido num sentido puramente somático. Surge já debate a propósito da inclusão na noção da lesão corporal de danos de índole psíquica. Deve dizer-se que o debate nem sempre é particularmente claro, sendo os termos usados de modo algo ambíguo. A tendência parece ser, porém, nos ordenamentos mais próximos, a da exclusão do relevo positivo de danos meramente psicológicos; tende, porém, a aceitar-se o relevo dos danos psicológicos associados a uma lesão física⁵¹⁰. Na ordem jurídica alemã, há divergência doutrinal sobre se os danos relevantes podem ou não ser à partida danos meramente psíquicos⁵¹¹; de todo o modo, releva, nas AUB, a exclusão da cobertura de perturbações patológicas derivadas de reacções psíquicas (5.2.6.), excepcionando a cobertura de doenças do foro psiquiátrico que sejam consequentes do acidente⁵¹².

Ora, face à limitação do RJCS à referência a uma lesão corporal, parece

⁵¹⁰ Como acima dissemos, a doutrina italiana, bem como a espanhola, consideram que, face à referência a uma lesão corporal, a lesão psíquica só releva quando esteja associada a uma diminuição física, não relevando como lesão a alteração puramente psíquica – GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata...* cit., pp. 157-158; ANTIGONO DONATI, *Tratatto... III*, cit., p. 528; os autores entendem ser indiferente que a lesão corporal incida apenas sobre o físico *ou também sobre* a psique da pessoa segura. Na sua esteira, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 100...", cit., p. 2610 (veja-se, porém, a p. 2611). Na doutrina italiana actual, acolhe este relevo dos danos psicológicos quem refere o interesse aqui em causa à categoria do dano biológico – é o caso de MARCO ROSSETTI, *Il diritto...II...* cit., pp. 607-608.

⁵¹¹ Reconhece-os simplesmente como expressão possível dos "Gesundheitsschaden" HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., nm. 88. Noutro sentido posiciona-se KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., pp. 71-72. Segundo o autor, os conceitos são mobilizados no sentido de proteger as expectativas do tomador, usando-se assim o sentido dos termos tal como resultaria para um leigo informado, e não o seu sentido técnico. Uma vez que a lei se refere à actuação do evento sobre o corpo da pessoa segura, produzindo um dano na sua saúde, é a ideia de dano corporal que vem focada. Ora, deste modo, embora em termos médicos uma doença psicológica possa ser reconduzida a um dano corporal, para um leigo a lesão psicológica surge separada do dano corporal. Consequentemente, a lesão meramente psicológica não permite o preenchimento do conceito de acidente.

⁵¹² Face à citada disposição das AUB, poder-se-ia questionar a cobertura de todo de danos psicológicos. Porém, a interpretação é no sentido de os admitir quando em conexão com situações de diminuição física, excluindo apenas que relevem autonomamente, à face da exclusão constante do dito 5.2.6. das AUB. Entende-se, pois, que, na medida em que as sequelas psíquicas de uma lesão física (devidas, vg., à perda de autonomia, ou do acesso actividades desportivas ou passatempos antes cultivados) que devam ser tidas como típicas e normais face a uma determinada lesão física, devem ser levadas em conta na mensuração do grau de invalidez, ainda que tal implique considerar as características individuais da pessoa segura. Serão já excluídas se constituírem doenças autónomas (vg., stress pós-traumático, depressão reactiva – a persistência de queixas dificilmente compreensíveis ou localizáveis indicará já um quadro psiquiátrico autónomo) – assim, ULRICH KNAPPMANN, "Psychische...", cit., pp. 183-184; em matéria de prova, esta caberá ao segurador, cumprindo apresentar diagnóstico de exclusão das várias causas físicas razoavelmente relevantes para as queixas em questão; quando, como é comum, os factores físicos e psicológicos se combinem entre si, cabe ao segurador também provar a parcela destas referente a factores físicos.

acertado o centramento na categoria do dano corporal⁵¹³. Apesar de se tratar de um corpo estranho na sistemática civilística tradicional, é certo que este fez a sua entrada no ordenamento nacional acoplado à regulação do seguro da responsabilidade civil automóvel. Assim, tem-se recortado uma noção de dano corporal acoplada aos seguros de responsabilidade civil automóvel, em conjunto com os quais os seguros de acidentes pessoais são amiúde contratados. Importa, pois, manter uma certa coerência com o tipo de cobertura que será geralmente esperada pelos segurados.

Quanto à invalidez, a controvérsia é também assinalável. Debate-se se a invalidez aqui corresponde a uma incapacidade para o exercício de qualquer actividade profissional ou se basta a incapacidade para o exercício da profissão habitual da pessoa segura ou de outra actividade similar adequada à sua formação e conhecimentos profissionais⁵¹⁴. E debate-se ainda se na modelação contratual do termo se lhe pode dar uma amplitude correspondente à da incapacidade para a realização autónoma das tarefas necessárias à vida quotidiana. Sendo o ponto de partida o da liberdade negocial, é também certo que esta não se pode exercer com desvirtuamento da finalidade negócio – o que faz gravar uma pesada suspeita sobre cláusulas que exijam a perda de capacidade funcional total para accionar direitos a prestações configuradas pelas partes como substitutivas de rendimentos do trabalho.

d. Nexo causal entre a lesão corporal e a causa

Exige-se, por último, um nexos causal entre a lesão e a causa dotada das características descritas. Como vimos, deve afirmar-se a causalidade quer quando o evento ou causa actua imediatamente sobre o corpo, quer quando actua de modo

⁵¹³ Diferentemente, apontando para o relevo de dano moral autónomo de dano físico, veja-se as propostas já de LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 600, reportando-se ao acidente como a causa de uma lesão física ou mental; posteriormente, e mais claramente nesse sentido, o Projecto de Menezes Cordeiro descrevia, no art. 133.º, o acidente pessoal como um acontecimento externo que produzisse lesões morais ou corporais, invalidez temporária ou permanente ou a morte.

⁵¹⁴ Defende que a invalidez referida no art. 100. da LCS corresponde ao sentido mais amplo, de incapacidade para o exercício de qualquer actividade profissional FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 100...", cit., pp. 2617-2618. GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata...* cit., pp. 160-161 apontava a referência a esta incapacidade para o "lavoro generico" como ponto de referência comumente usado nas apólices para determinação das situações de invalidez permanente; porém, quanto ao estabelecimento de invalidez temporária, considera que apenas faz sentido a referência ao trabalho que a pessoa segura desempenhava antes do acidente, eventualmente integrado por outros critérios para os casos em que o sujeito não desempenhava antes qualquer profissão ("lavoro specifico").

mediato sobre este (quando um evento externo actue sobre o corpo, e não apenas sobre o meio ambiente, causando um choque emocional que por sua vez provoque um dano na saúde).

Note-se que se trata aqui não de um problema de causalidade para efeitos de responsabilização por incumprimento de normas, mas sim de delimitação do risco contratual. É, pois, soberana a vontade das partes, havendo apenas lugar à intervenção de uma tese geral de causalidade, sintonizada com a tese vigente em geral no Direito civil, caso aquela vontade nada tenha disposto a este respeito⁵¹⁵.

Para aferir da verificação desta causalidade, propõe-se, na doutrina italiana tradicional, como na alemã actual, o critério da causalidade adequada tomado no seu sentido positivo⁵¹⁶. O evento accidental deve, em geral, e não apenas por circunstâncias particulares, improváveis e de desconsiderar, de acordo com o decurso normal das coisas, ser apropriado a causar o dano na saúde. Em sede de prognose póstuma, são de considerar não apenas as circunstâncias conhecidas da pessoa segura, mas também todas as circunstâncias reconhecíveis no momento do acidente por um observador óptimo ou ideal. Deve ainda ser convocado todo o saber decorrente da experiência que esteja *disponível no momento da apreciação da causalidade*.

Basta, por outro lado, que o evento accidental seja concausa do sinistro⁵¹⁷. A

⁵¹⁵ GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata...* cit., p. 168; veja-se também quanto diremos adiante, na Parte IV.2 §2.

⁵¹⁶ Assim, GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata...* cit., pp. 169-170, considerando que, ao abrigo do critério preferido, da causalidade regular, entre causa e efeitos deve interceder uma relação de necessidade ou pelo menos de regularidade (*id quod plerumque accidit*); a causa deve, em todo o caso, ser *condictio sine qua non* dos efeitos. KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., p. 118, que formula o critério reproduzido em texto. À luz deste critério, este último autor rejeita a causalidade adequada no tocante às neuroses subsequentes ao acidente, já que nestas um evento objectivamente inócuo conduz a lesões apenas devido a ser mal processado no âmbito da subjectividade da pessoa segura (convergentemente, mas à luz do critério do fim de protecção da assunção de riscos pelo segurador, HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., nm. 99; ainda, sem densificar o critério utilizado, ULRICH KNAPPMANN, § 178, cit., nm. 18). Aduz ainda que é irrelevante a questão da adequação social dos comportamentos – i.e., o facto de estes serem ou não praticados ou mesmo aceites pela maioria das pessoas – da pessoa segura conducentes ao dano.

⁵¹⁷ Cfr., assim, GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata...* cit., pp. 174-175 e 178-179: as doenças existentes previamente ao sinistro, ainda que causa concorrente e necessária da sua produção, não excluem a cobertura se o acidente foi a causa regular do dano; HEINRICH DÖRNER, § 178, cit., nm. 93 e 98; KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., pp. 74-75 e 119-120; em texto acompanhamos a argumentação destes dois últimos autores. Tal subjaz ainda ao entendimento da doutrina espanhola, segundo o qual se compreendem ainda na noção de acidente as situações de doença causada directa e imediatamente por este, ou de estados patológicos preexistentes e agravados pelo evento accidental (cfr. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 100...", cit., pp. 2611-2612). Na França, embora haja ainda divergência jurisprudencial e doutrinal na matéria, parece também haver tendência para a afirmação da qualificação accidental nas hipóteses de concausalidade – HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 1686-1687; por sua vez, divergentemente, JEAN

caracterização acidental só é excluída quando os danos corporais assentarem directa e exclusivamente num processo orgânico (interno). Com efeito, impor desde logo ao segurado a prova da exclusividade causal da causa externa para fundar sequer os pressupostos do seu direito seria inverter a distribuição do ónus da prova, impondo-lhe a prova da não ocorrência de uma excepção – factor interno. Por outro lado – e agora, num argumento decisivo – ainda que causalmente preponderem factores não acidentais, tal não deve excluir a cobertura. De outro modo, o seguro perderia utilidade prática para a maioria dos sujeitos, já que muitos dos danos causados dependem de factores inerentes ao organismo da pessoa – pense-se na reacção alérgica resultante de uma picada de abelha; ou na maior ou menor fragilidade óssea do sujeito.

C. Prestações garantidas

Tipicamente, face aos acidentes com consequências mortais ou de incapacitação da pessoa segura, há lugar ao pagamento de montantes definidos na apólice. Face à incapacidade, tais montantes variam geralmente com o grau e duração da respectiva incapacitação, podendo ser calculados ainda por referência ao rendimento mensal da pessoa segura.

A necessidade de tratamento médico subsequente à lesão pode dar lugar, grosso modo, a dois tipos de prestações: prestações em montante fixo por cada dia de internamento hospitalar; ou *prestações colimadas à cobertura das concretas despesas de tratamento da lesão*. Estas, por sua vez, podem ser efectuadas em dinheiro – tratar-se-á aqui de um reembolso das despesas efectuadas – ou em espécie – e entramos então na matéria das prestações de assistência a cargo do segurador. Das questões levantadas por estas prestações colimadas à cobertura de despesas com o tratamento da lesão trataremos no ponto seguinte, concernente aos

BIGOT/PHILIPPE BAILLOT/JÉRÔME KULLMANN, et al., *Traité IV*, cit., p. 538, afirmam num plano geral que a lesão corporal deve ser exclusivamente devida ao facto gerador garantido – o acidental, para o que aqui releva; tal é, porém, depois temperado com a consideração de que o evento será ainda tido como acidental e hipóteses de concausalidade, desde que os factores patológicos tenham desempenhado um papel meramente secundário (actuando isoladamente, não teriam causado a lesão). No quadrante belga, a irrelevância da concausalidade encontra-se clarificada em relação aos seguros que remetem para a noção de acidente de trabalho; quanto aos demais, salvo quando a apólice exija exclusividade, a conclusão é a mesma, considerando-se que de outro modo se partiria de um recorte muito estreito da cobertura, restrito aos acidentes em que não interviesse doença da pessoa segura, ou descuido desta. Consonantemente, considera-se acidental a lesão causada por erro médico praticado em sede de cirurgia determinada por doença (CLAUDE DEVOET, *Les assurances...*, cit., pp. 118 e 120-121)

seguros de saúde.

D. Regulação do contrato

À luz da autonomia privada que sobreleva neste âmbito, a primeira sede da regulação do contrato é o próprio contrato: é por atenção aos efeitos prático-jurídicos que com ele se visou produzir que se atenderá ao extracto legal do sistema jurídico. As normas legais intervirão, porém, para lá do chamamento contratual onde este for omissivo ou infringir norma imperativa.

Há, pois, que atender a se as partes quiseram pactuar um seguro de prestações predeterminadas ou antes um seguro de danos, para verificar quais as normas imperativas e supletivas aqui relevantes. Não é, pois, frise-se, *a priori*, num exercício de conceptualismo, que se determina uma natureza unitária do seguro de acidentes – de danos ou de capitais –, impondo-a depois a todos os pactos privados⁵¹⁸. Não há motivos relevantes para ditar que todos os seguros de acidentes

⁵¹⁸ Não vemos, pois, utilidade em acompanhar o exercício teórico que a doutrina italiana vem fazendo desde há largas décadas neste sentido. Face à partição do regime do contrato de seguro em seguros de danos e seguros de vida, uma primeira doutrina (entre a qual pontificam os nomes de Mossa, ou Donati) entretanto abandonada, qualificava o seguro de acidentes como seguro de vida, apoiando-se sobretudo na referência do sinistro acidental também à vida humana, na do montante da prestação seguradora como livremente determinado pelas partes, bem como – através de um argumento formal, *a contrario*, que em breve veremos revertido – na previsão expressa da sub-rogação nesta sede – previsão expressa que seria desnecessária se o seguro fosse de danos. A tese da natureza de seguro de danos afirmou-se sobretudo com base na notória diversidade do risco coberto num e noutra tipo de contrato – num caso, associado a um evento acidental e noutra à duração da vida humana –; na afirmação do acidente como evento causador de um dano que o seguro viria reparar (afirmação que não é tão linear face ao seguro de vida, quando encarado apenas na perspectiva do evento que corresponde ao sinistro, dado este não ser sempre indesejável); e na previsão expressa da sub-rogação nesta hipótese, que confirmaria tal natureza. Foi a tese sufragada, com grande influência, por Gasperoni ou Durante (ANTIGONO DONATI, *Tratato... III*, cit., pp. 524-526), e é ainda a tese havida como dominante na doutrina. Uma outra tese (sustentada, vg, por Salandra) defendeu que se tratava de um *tertium genus*, nem seguro de vida – dada a diversidade do risco transferido –, nem seguro de danos – dado o método de cálculo da prestação a cargo do segurador. Uma quarta tese, que conheceu grande ascendente doutrinário, foi a do contrato misto, resultando do encontro de duas causas típicas ("a doppia causa"), popularizada por GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata... cit.*, *maxime* pp. 94-121. Segundo o autor, que se escora numa rejeição da natureza unitária do próprio contrato de seguro, os seguros de acidentes pessoais são seguros de danos, salvo quando cubram o risco de morte, caso em que têm natureza de seguros de vida. O regime a aplicar a estes seguros acompanha a respectiva qualificação como seguros de vida ou seguros de danos. Por sua vez, a jurisprudência começou (entre o início do séc. XX e o final dos anos '50) por qualificar o contrato como um seguro de vida; numa segunda fase, que decorreu entre o final dos anos '50 e a prolação do acórdão das Secções Unidas do Tribunal de Cassação de 10 de Abril de 2002, a jurisprudência, sob o mote da afinidade entre o seguro de acidentes e o de vida, foi progressivamente afastando do regime do seguro de vida o regime aplicável ao primeiro, e convocando para ele normas do seguro de danos. Numa terceira fase, inaugurada pela jurisprudência do dito aresto, a jurisprudência passou a acolher a tese de Fanelli, com a referida qualificação bifurcada dos seguros. Para além do conceptualismo de fundo de que fizemos reparo, diga-se que tal posição padece ainda do vício de incompreensão do risco garantido pelo seguro de acidentes,

devam ser de danos ou de capitais, evitando – e bem – o RJCS, como a generalidade dos normativos congéneres, fazer qualquer opção imperativa num sentido ou noutro – que sempre seria, de resto, arbitrária. Deve, pois, aceitar-se o que for acordado pelas partes.

Feito este ponto de ordem metodológico, deve frisar-se que a determinação do carácter do concreto seguro se rodeia facilmente de dúvidas. Estas não se colocam face às prestações do seguro de acidentes que se destinem a cobrir as despesas de saúde ou a prestar os serviços correspondentes – trata-se aqui, sem margem para dúvidas, de prestações determinadas pelos cuidados de saúde em concreto necessários, e como tal indemnizatórias⁵¹⁹. Porém, no caso das demais prestações típicas deste seguro, não só a prestação a cargo do segurador tende a variar de acordo com a consequência lesiva provocada pelo acidente – lesão corporal, invalidez ou morte –, como, e decisivamente, dentro de cada uma destas espécies aquela prestação tende a variar de acordo com a gravidade da lesão, eventualmente em conjugação com o nível salarial do segurado ou outros valores de referência, fazendo-se mesmo frequentemente⁵²⁰ a determinação do seu valor por recurso às tabelas gerais de avaliação do dano corporal⁵²¹. Ora, tal não só cria uma permeabilidade da prestação devida em relação a um dano apurado *a posteriori*, como acaba por implicar mesmo a coincidência entre o método de fixação do valor desta prestação e os processos de avaliação do dano corporal para fixação de indemnizações em sentido próprio⁵²². Se por outro lado, lembrarmos a flexibilização

independentemente do tipo de dano na integridade física que o acidente venha a causar. Para uma visão panorâmica do debate e uma crítica à posição da jurisprudência actual, com outros argumentos aqui não considerados, cfr. MARCO ROSSETTI, *Il diritto...II...* cit., pp. 572 e ss., que alinha pela tese da natureza indemnizatória do seguro de acidentes; na doutrina recente e sufragando idêntica tese, cfr. ainda GIANFRANCO DE ZUCCATO, "Natura giuridica dell'assicurazione infortuni: osservazioni critiche alla Corte di Cassazione", *DEA*, 2, 2009, pp. 567-583, pp. 569 e ss. Em texto, reportar-nos-emos aos efeitos de regime que decorrem para o seguro de acidentes à luz das duas concepções que desta exposição resulta serem mais importantes: a doutrinariamente maioritária que o recorta como seguro de danos e a proposta por Fanelli, e acolhida pela jurisprudência actual, que o recorta como seguro misto, com natureza ora de seguro de danos, ora de seguro de vida.

⁵¹⁹ Estas dirigem-se à "satisfação de uma necessidade concreta", donde, para o que aqui releva, o seu montante é determinado em concreto, em atenção a uma diminuição patrimonial – despesa – que foi ou teria de outro modo que ser efectuada para acorrer a uma necessidade. Sobre este tema, salientando as dificuldades de qualificação a que aludimos, CLAUDE DEVOET, *Les assurances...*, cit., pp. 98 e ss.

⁵²⁰ Não sempre, porém, podendo o segurador legitimamente servir-se, claro está, de tabelas próprias (veja-se por exemplo o ac. do STJ de 18 de Março de 2004, Processo n.º 04B394).

⁵²¹ Cfr., apenas a título de exemplo, 2.1. a 2.6 das AUB 2014; e basta consultar na *internet* alguns dos clausulados utilizados no mercado português para confirmar que assim é também entre nós.

⁵²² Com efeito, a lei impôs desde há muito que a determinação do dano a reparar na sequência do dano na integridade físico-psíquica do trabalhador, em sede de acidente de trabalho ou doença

profissional, se fizesse por recurso a tabelas de avaliação (assim logo no Decreto n.º 21 978, de 10 de Dezembro de 1932, que determinou que para estes efeitos se usasse a Tabela de Desvalorização de Lucien Mayet, usada de modo não oficial em França, como relata o preâmbulo do Decreto-Lei 341/93, de 30 de Setembro, que aprovou a Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais, que antecedeu aquela em vigor). Institui-se durante longo tempo a prática espúria de mobilizar esta tabela para avaliação do dano na integridade físico-psíquica sofrido fora do contexto jurídico-laboral – prática que viria a ser decisivamente superada com a aprovação da referida Tabela Nacional para Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito Civil. Com tudo isto, queremos desde logo salientar, em relação directa com o que dizemos em texto, *que esta componente pré-tabelada e por isso convencional da fixação das indemnizações-compensações devidas por lesão à integridade físico-psíquica se tem vindo a acentuar progressivamente*, correspondendo a uma busca de uniformidade de critérios que sirva um tratamento igual das vítimas e das suas famílias (com expressão em sede europeia no "Guide barème européen d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique e psychique"). Esta questão dá-nos ainda ensejo para algumas precisões sobre a natureza do dano assim coberto.

As dificuldades da avaliação dos danos resultantes de lesões na integridade física são por demais compreensíveis, dadas as dimensões de danos não só presentes, mas também futuros aqui implicadas, bem como a dimensão patrimonial e extrapatrimonial do seu alcance. Como dissemos, durante várias décadas, a jurisprudência nacional serviu-se, para sua orientação, da tabela de avaliação das incapacidades decorrentes de acidente de trabalho ou doença profissional – num exercício altamente criticável, já que esta tabela apenas media a perda da capacidade de ganho, não abarcando, pois, a pluralidade de vertentes que compõem o dano relevante em Direito civil – desde logo, as vertentes extrapatrimoniais do dano. Orientado por esta metodologia, o princípio da reparação integral do dano via-se, pois, por cumprir (cfr., o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 352/2007, de 23 de Outubro; J. BORGES PINTO, "A reparação do dano corporal em acidentes e trabalho e no âmbito civil", *Revista Portuguesa de Dano Corporal*, 23, 2012, pp. 9-25, pp. 9-10).

Apesar da enorme relevância prática do problema, atentos os elevadíssimos índices de sinistralidade rodoviária nacional, e apesar de ser patente a necessidade de critérios de amparo do decidente para determinação do *quantum* de dano, apenas em 2007 foi aprovada uma Tabela de Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito Civil, através do Decreto-Lei n.º 352/2007, de 23 de Outubro. Este separou claramente a avaliação do dano corporal derivado de acidente ou doença profissional, para efeitos de juslaborais, da avaliação do dano corporal em sede civilística geral, consagrando tabelas diferentes para um e outro dos âmbitos e associando-lhes metodologias de avaliação específicas (metodologia percentual no caso da tabela laboral, perante valores de referência calculados a partir do salário; e metodologia de soma de pontos no caso das incapacidades gerais de Direito civil – J. BORGES PINTO, "A reparação...", cit., pp. 18-19). Nos termos claros do preâmbulo do diploma, são "necessariamente diferentes os parâmetros de dano a avaliar consoante o domínio do direito em que essa avaliação se processa, face aos distintos princípios jurídicos que os caracterizam. Assim sucede nomeadamente em termos das incapacidades a avaliar e valorizar. No direito laboral, por exemplo, está em causa a avaliação da incapacidade de trabalho resultante de acidente de trabalho ou doença profissional que determina perda da capacidade de ganho, enquanto que no âmbito do direito civil, e face ao princípio da reparação integral do dano nele vigente, se deve valorizar percentualmente a incapacidade permanente em geral, isto é, a incapacidade para os actos e gestos correntes do dia-a-dia, assinalando depois e suplementarmente o seu reflexo em termos da actividade profissional específica do examinando". Este diploma foi complementado pela Portaria n.º 377/2008, de 26 de Maio (alterada pela Portaria n.º 679/2009, de 25 de Junho) que, apesar de vir apenas estabelecer os valores orientadores de proposta razoável para indemnização do dano corporal resultante de acidente de automóvel, acaba por ter um grande alcance prático, pois, tendo embora carácter indicativo, é a única fonte de valores de referência sobre os quais pode operar o sistema de pontos de mensuração do dano corporal geral.

A categoria central do diploma é a do dano corporal. Se esta assomou ao plano legal sobretudo por influência do Direito harmonizado europeu (terá sido o RSORCA a autonomizar pela primeira vez o conceito de dano corporal – JOAQUIM JOSÉ DE SOUSA DINIS, "Avaliação e reparação do dano patrimonial e não patrimonial (no domínio do Direito civil)", *Revista Portuguesa de Dano Corporal*, 19, 2009, pp. 51-68, pp. 51-52), é certo que no plano doutrinal e jurisprudencial a sua influência se fazia já sentir, com contornos coincidentes com os que lhe tinham sido dados pela jurisprudência e doutrina italianas (MARIA MANUEL VELOSO, "Danos não patrimoniais", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Volume III, Direito das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 495-559, pp. 512 e ss., acentuando o papel da obra de Álvaro

Dias nessa recepção; MARIA DA GRAÇA TRIGO, "Adopção do conceito de "dano biológico" pelo direito português", *ROA*, 1, 2012, pp. 147-178, pp. 149-151 e 164-166). Ora, no ordenamento italiano, a emergência da figura do dano biológico foi impelida pelas limitações ao ressarcimento de danos não patrimoniais já que, face à tipicidade legal das situações de compensação de tais danos, nos termos do art. 2059 do *Codice*, se entende que apenas quando a responsabilidade civil constituir também ilícito criminal haverá lugar a tal compensação. A resposta passou pela autonomização da figura do dano biológico, fazendo-o antes de mais corresponder a um *método específico de liquidação do dano, assente na avaliação médica de uma lesão*. Tal retirou-o da dicotomia dano patrimonial/não patrimonial e fê-lo assentar em bases próprias, correspondendo a um dano no bem jurídico-constitucionalmente tutelado da saúde, sem consequências negativas no rendimento do lesado e que por isso deveria ser compensado de igual modo para todos, relevando apenas a idade do lesado e gravidade da incapacidade. Ao dano corporal foi, pois, atribuída uma função transcendente da mera identificação do dano-lesão, já que, para suportar a reparação cabal do dano, *ergueu-se a saúde a "activo" do património do lesado, correspondendo assim o dano biológico a um dano no património do lesado (neste sentido lato implicado pela reificação de um direito de personalidade)*. A sua reparação deveria, pois, operar por critérios próprios – atinentes, como se disse, à gravidade da incapacidade e idade do sujeito – e pré-tabelados (MARIA DA GRAÇA TRIGO, "Adopção...", cit., pp. 150-151; deve assinalar-se que o conceito conheceu no ordenamento italiano uma ulterior evolução, vindo a ser reinscrito, pela jurisprudência superior e constitucional, nos quadros do dano não-patrimonial – a recepção da figura no nosso ordenamento ancora-se ainda, porém, na concepção anterior – cfr. MARIA MANUEL VELOSO, "Danos...", cit., pp. 519-520 e 558). Entusiasticamente acolhido por alguns (JOAQUIM JOSÉ DE SOUSA DINIS, "Avaliação...", cit., pp. 56-57), foi visto como uma panaceia para os tradicionais valores irrisórios da indemnização por lesão da integridade física – especialmente, no contexto estradal – e como a via para a introdução no sistema de avaliação do dano de uma atenção, até aí diminuta ou ausente, de danos ligados à perda de funcionalidades corporais, sem relevo patrimonial directo (emblemáticos são os danos ligados à perda da plena funcionalidade sexual – (JOAQUIM JOSÉ DE SOUSA DINIS, "Avaliação...", cit., pp. 64-65). Uma parte considerável, senão mesmo preponderante na doutrina (MARIA MANUEL VELOSO, "Danos...", cit., pp. 514 e ss.; FILIPE DE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 573 e ss., aludindo ao carácter nebuloso das categorias e à sua desnecessidade no nosso ordenamento; MARIA DA GRAÇA TRIGO, "Adopção...", cit., pp. 163-167; J. BORGES PINTO, "A reparação...", cit., pp. 11-12;), na qual nos revemos, vê, porém, a categoria do dano corporal ou biológico, no sentido que lhe é matricial, como um corpo estranho no nosso sistema de avaliação do dano. Com efeito, não se verificam no nosso ordenamento, perante uma norma "generosa" como a do art. 496.º do CC, as limitações à ressarcibilidade do dano não patrimonial que estiveram na origem da categoria do dano biológico (MARIA MANUEL VELOSO, "Danos...", cit., pp. 501 e ss.). Além de não necessário, tal transplante seria ademais pernicioso, por obnubilar os operadores fundamentais "dano patrimonial" vs. "não patrimonial" e corroer assim uma fundamentação sadia da avaliação do dano. A prestabilidade que a referência ao dano corporal possa ter é a de salientar, por referência a tal dano lesão, vertentes consequenciais deste, sobretudo na vertente de danos reais não patrimoniais, que devam ser também indemnizadas – esforço acrescido no desempenho da actividade profissional, dano estético, perda de aptidões ligadas ao lazer, perda de esperança de vida... – mas também na vertente patrimonial, face a ganhos patrimoniais que pudessem advir no futuro de actividades de momento apenas recreativas (MARIA DA GRAÇA TRIGO, "Adopção...", cit., pp. 167-169).

Para efeitos do presente trabalho, interessa-nos sublinhar um corolário desta remissão das apólices para a tabela de avaliação das incapacidades civis, na sequência de acidente pessoal ou doença de que decorra uma qualquer incapacidade. É que, por esta via, se cobre claramente o risco de *sofrer danos de carácter não-patrimonial*. Quer para quem vê o dano corporal aqui explanado como um *tertium genus*, quer para quem o vê como um dano-lesão, é certo que a vertente extrapatrimonial (em sentido próprio) acompanha sempre a figura, como parte da natureza específica que lhe é imputada ou como vertente iniludível das suas consequências. Esta é, aliás, a vertente em primeiro lugar saliente quando se avalia a "incapacidade para os actos e gestos correntes do dia-a-dia", apenas suplementarmente avaliando a sua influência na capacidade de exercício da profissão do afectado. É patente que nos deslocamos em terreno extrapatrimonial quando avaliamos um mero esforço acrescido no desempenho de uma tarefa que continua a poder ser executada pelo lesado, ou a perda de funcionalidade não reflectida na actividade profissional do sujeito. Donde decorre, na prática, a *cobertura de interesses seguros de carácter extrapatrimonial* – ao menos, parcialmente, mas é pensável que tal ocorra de um modo total. Trata-se de uma prática contratual que não colide nem

que o princípio indemnizatório conheceu, veremos o quão aproximado este contrato se encontra de um seguro indemnizatório de valor convencionado (art. 131.º).

Não pode, em todo o caso, esquecer-se aqui que a qualificação indemnizatória acarretaria consigo a limitação do montante a receber em caso de cúmulo de seguros (art. 133.º), bem como a sujeição ao direito de sub-rogação pelo segurador (art. 136.º), além, claro está, do limite geral atinente ao carácter manifestamente infundado do montante (art. 131.º, n.º 1). Ora, trata-se de consequências aptas a frustrar em grande medida o que *um tomador normal espera obter de um seguro onde pactua prestações de determinado montante para as hipóteses de incapacitação por via accidental*. Com efeito, em sede de seguros de pessoas, não só a valoração do dano é menos unívoca, por estarem geralmente em causa danos futuros e por vezes também extrapatrimoniais, como a contratação com escopo de previdência se afirma de um modo que é desconhecido nos seguros de coisas ou de responsabilidade. Como tal, é de presumir que as expectativas de um tomador médio se construam no sentido de contratar uma prestação que não põe em causa a percepção de outras a que o acidente sofrido dê lugar, pelo que entendemos que, na dúvida sobre a natureza das prestações, estas devem ser havidas por convencionadas. Só não haverá expectativas legítimas a proteger quando *resultar claro do contrato* que as prestações acordadas visam reparar um dano causado, perdendo o seu fundamento na medida em que tal reparação tenha já ocorrido e permitindo ao segurador o exercício de pretensões colimadas a obter essa reparação. O contrato deporá nesse sentido quando expressamente prever a consequência da redução da prestação nas hipóteses de pluralidade de coberturas, ou quando prever esta consequência e além dela a sub-rogação. Já a previsão apenas da sub-rogação não bastará, já que o RJCS lhe dá um alcance ambivalente, permitindo, como se viu acima, que seja pactuada face a prestações pré-convencionadas (art. 181.º)⁵²³; tal é o

com princípios e normas gerais do ordenamento, nem com normas específicas do Direito do seguro, que autoriza a exploração dos ramos "acidentes pessoais", "doença" e "vida".

⁵²³ Aqui se pode colher mais argumento para enfraquecer a fundamentação, ainda maioritária, do direito de sub-rogação no princípio indemnizatório – cfr. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Da sub-rogação legal..." , cit., pp. 452.455. Esta alicerçagem tem vindo a ser atacada na senda da própria recompreensão do princípio indemnizatório que vimos acima. Com efeito, não só se lhe tem reconhecido como finalidade precípua a prevenção da fraude, em atenção à ordem pública, como o princípio se tem crescentemente flexibilizado. Ora, dado que a sub-rogação exige a causação do dano por terceiro, o risco de incentivo à fraude está nestas hipóteses substancialmente minorado. Sublinha-se, assim, que o princípio indemnizatório opera apenas nos quadros do contrato de seguro; e, nesta esteira, que, fundando-se a prestação do segurador no contrato celebrado, nada tem de injustificado a sua cumulação com a prestação devida pelo facto externo causador do dano. Associada aos seguros

que acontece, aliás, em muitos outros quadrantes, onde a sub-rogação convive com o carácter convencionado das prestações⁵²⁴.

§ 2. O seguro de saúde

A. Sentido geral do tipo

O RJCS descreve o seguro de saúde como aquele em que o segurador cobre *riscos relacionados com a prestação de cuidados de saúde*. Esta descrição tem, tal como vimos em relação ao seguro de acidentes, um valor relativo, de âncora de referência do regime legal que abranja o tipo, bem como de sinalização de limites do núcleo da sua referência, para controlo de uma eventual desnaturação por exclusão de riscos. É, porém, nela saliente um traço de continuidade face a previsões semelhantes no Direito comparado: o do recorte do sinistro não assentar apenas na ocorrência de uma perturbação da saúde (doença), mas sim na prestação de cuidados de saúde⁵²⁵. Trata-se aqui de superar a imprestabilidade da noção de doença ou perturbação da saúde para apontar um momento temporal específico que identifique a ocorrência do sinistro. A doença configura um evento prolongado no tempo, apto a estar latente antes de se manifestar e mesmo a manifestar-se sem que

de prestações predeterminadas, a sub-rogação parece assim vir antes servir finalidades económicas de embaratecimento dos prémios – ou, ainda que esta explicação se enjeite, por ingénua, vem a expressa previsão e regulação da figura, quando com carácter supletivo, fornecer à prática seguradora um modelo que se intende equilibrado; e quando com carácter semi-imperativo, como se entende ser o caso, no RJCS, relativamente aos n.ºs 2, 3 e 4 do art. 136.º (ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, "Art. 136.º", cit., pp. 469-472, secundado por JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Da sub-rogação legal...", cit., pp. 483-484, criticando a sua omissão no elenco legal de normas semi-imperativas), limitar a possível compressão, por esta via, da atribuição feita ao segurado.

⁵²⁴ Cfr., por exemplo, ULRICH KNAPPMANN, "§ 179", *Pröls/Martin Kommentar*, CHRISTIAN ARMBRÜSTER/HEINRICH DÖRNER/DOMINIK KLIMKE/ULRICH KNAPPMANN (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 17.01.2014), nm. 2, referindo a natureza predominantemente de seguro de somas do seguro de acidentes, da qual exceptua os custos de tratamento e o "Tagegeld" (pagamento por dia de tratamento médico), CLAUDE DEVOET, *Les assurances...*, cit., p. 101 e 105, assinalando isso que vale face ao art. 103.º, que sucede ao anterior 49.º da LCA, por sua vez antecedido de tomadas de posição favoráveis por parte da jurisprudência. Noutra sentida, cfr. a doutrina e jurisprudência italiana que atribui natureza indemnizatória, na generalidade dos casos ou face a sinistros com consequências não mortais, ao seguro de acidentes pessoais, e que referimos em nota.

⁵²⁵ Cfr. as previsões constantes do § 192 VVG, I e IV, ancoradas na ocorrência de tratamento medicamentoso necessário; também a previsão constante do VI se esteia na prestação de cuidados (não já médicos, apesar do *nomen* da figura, mas sim cuidados continuados necessários em virtude da perda de autonomia da pessoa segura). Já a previsão constante do inciso V dispensa esta referência à prestação de cuidados; porém, pressupõe uma *situação de incapacidade* em razão de doença ou acidente, pelo que não se coloca aqui o problema da labilidade do recorte do sinistro por referência à mera doença/perturbação da saúde.

o doente valere logo os sintomas como sendo os de determinada patologia⁵²⁶. Como tal, a generalidade dos ordenamentos define o sinistro por referência ao momento em que tem início efectivo o tratamento médico necessário em face da perturbação da saúde – ou seja, por referência à prestação de cuidados de saúde consubstanciada no exame de diagnóstico. Assim, identifica-se aqui uma diferença entre o sinistro ("Versicherungsfall"), concretizado na prestação de cuidados, e o evento danoso ("Schadenereignis"), concretizado na doença, devendo entre o segundo e o primeiro interceder um nexo de causalidade⁵²⁷. Deparamo-nos, pois, com um *sinistro definido de modo compósito*, por referência a uma *causa patológica para determinados cuidados de saúde*.

Por outro lado, deve ser salientado que a doença é, tipicamente, um estado distendido no tempo, por vezes em muito grande medida – basta pensar numa doença crónica. Como tal, o sinistro relevante é também um *sinistro distendido no tempo*. Em caso de materialização de um sinistro correspondente a estes moldes, ficará o segurador obrigado a uma prestação pecuniária, pré-determinada ou correspondente ao reembolso de despesas de saúde havidas, ou a uma prestação de *facere*, atinente à prestação de serviços ligados à saúde. Acresce que ao seguro de saúde é conatural o acolhimento de vários sinistros na vigência do contrato, atinentes a diversas situações de recurso a cuidados de saúde; e que, por sua vez, as sucessivas situações de recurso a cuidados podem ser determinadas por doenças que são, total ou parcialmente, resultado de problemas de saúde antes evidenciados nos quadros do contrato⁵²⁸.

Ao contrário do que acontece noutros ordenamentos, é todo este manancial de possibilidades de tutela de interesses que fica sob a cúpula do "seguro de saúde"⁵²⁹.

⁵²⁶ JAN BOETIUS, *Private Krankenversicherung, Kommentar zum Recht der PKV (VVG, VAG, KalV, SGB, GG, Europarecht, Nebengesetze)*, C. H. Beck, Munique, 2010, pp. 60-61.

⁵²⁷ JAN BOETIUS, *Private...* cit., p. 61.

⁵²⁸ FRANCISCO LUÍS ALVES, "O regime do contrato de seguro de saúde no Direito português", *Fórum*, 27, 2009, pp. 6-31, p. 24, fala a este propósito de um seguro de sinistros sucessivos.

⁵²⁹ Com efeito, o legislador nacional não separou o tipo em causa em sub-tipos, conforme a natureza da prestação ou a especificação do risco coberto, exigindo mais do intérprete que queira concretizar o alcance do tipo. De resto, não existe uma prática jurisprudencial ou doutrinal consolidada no sentido de uma tal diferenciação – que é, porém, recorrente no Direito comparado. Na Itália encontramos a contraposição entre seguros de saúde de prestações convencionadas, associados a situações de incapacidade – "assicurazione contro le malattie" – e seguros de cariz indemnizatório – "assicurazione delle spese sanitarie", "assicurazione spese mediche", "polizza sanitaria" ou "assicurazione salute" (MARCO ROSSETTI, *Il diritto...II...* cit., pp. 625 e 633). Na Espanha, o art. 105. da LCS separa entre o *seguro de enfermedad* em sentido estrito e o *seguro de asistencia sanitaria*,

Deve ainda salientar-se que, no ordenamento jurídico português, os seguros de saúde privados têm uma função meramente complementar face ao sistema público de cuidados de saúde, organizado em moldes *beveridgianos*⁵³⁰. É, como tal, esta *função meramente complementar e este carácter facultativo* que vêm pressupostos na regulação conformada pelo RJCS. Urge não perder de vista tal fisionomia do sistema nacional ao convocar a experiência jurídica de sistemas estrangeiros. Com efeito, em alguns deles não só os seguros privados desempenham funções substitutivas face ao sistema público de acesso à saúde, como a respectiva contratação pode ser prevista, pelo menos em algumas situações, com carácter obrigatório.

B. Demarcação face a tipos vizinhos

A descrição do tipo é, apesar do estreitamento por referência aos cuidados,

que poderemos traduzir como seguro de assistência médica. Ambos se dirigem a cobrir o mesmo risco – o da produção de consequências económicas desfavoráveis por uma doença ou lesão que afecta o segurado –, referindo-se, portanto, ao mesmo interesse segurável. Considera-se, pois, que ambos são manifestações do *seguro de enfermedad lato sensu*. Porém, enquanto que no "*seguro de asistencia sanitaria*", de acordo com a redacção do art. 105, 2.ª parte, da LCS, o segurador assume directamente a prestação dos serviços médicos e cirúrgicos, no caso do "*seguro de enfermedad*" o segurador obriga-se ao pagamento de certas somas ou das despesas de assistência médica e farmacêutica. Assim, enquanto que o seguro de *asistencia sanitaria* é sempre um seguro de danos, o *seguro de enfermedad* pode ser um seguro de danos ou de capitais. Com efeito, este último conhece a modalidade de *suma a tanto alzado*, que determina a prestação de um determinado montante independentemente do dano sofrido, e destinável pelo beneficiário a qualquer finalidade; e a modalidade de *prestaciones indemnizatorias de gastos de asistencia*, plenamente regida pelo princípio indemnizatório – inclusivamente, no que diz respeito ao direito do segurador à sub-rogação (cfr. MIQUEL MARTÍN-CASALS, "Líneas generales sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones por efectos adversos, errores o negligencias medicas", *RES*, 128, 2006, pp. 803-837, pp. 806-807, e, por exemplo, JULIO LÓPEZ QUIROGA/GUILLERMO SAN/PEDRO MARTÍNEZ/ANTONIO QUIROS, "La responsabilidad del asegurador en los contratos de seguro de asistencia sanitaria", *RES*, 128, 2006, pp. 867-878, 868-869). No *Anteproyecto* desaparece a separação entre os dois tipos, ambos se fundindo no *seguro de enfermedad*, pelo qual o segurador se obriga a reparar as consequências económicas produzidas pela doença do segurado (art. 583-28). A LA mantém a prodigalidade da sua antecessora na identificação de sub-tipos de seguro de saúde, reportando-se, nos vários n.ºs do § 1, ao "assurance soins de santé" (atinentes à garantia de prestações médicas por motivo de doença ou de doença e acidente); ao "assurance incapacité de travail" e ao "assurance invalidité" (atinentes, como a doutrina, não sem esforço, acaba por concluir – CLAUDE DEVOET, *Les assurances...*, cit., pp. 133-136 –, à garantia de prestações respectivamente indemnizatórias – "incapacité de travail" – e pré-determinadas – "invalidité" – em caso de incapacidade para o trabalho por motivo de doença ou de doença e acidente) e ao "assurance soins non obligatoire" (atinentes à realização de prestações em caso de perda total ou parcial de autonomia).

⁵³⁰ O modelo *beveridgiano* foi elaborado no Reino Unido durante a II Guerra Mundial e posto em prática no pós-guerra. Com este surge a noção de direito à protecção da saúde, tendo esta protecção as "características da universalidade (cobertura de todo um universo de pessoas), da unidade (quanto à administração e à concessão de prestações) e da integração (que implica uma intervenção financeira do Estado)" (ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Os seguros de saúde", in *Direito da saúde e bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, pp. 217-243, pp. 120-121). Este é contraposto ao modelo *bismarckiano*, com génese alemã e implantação em 1883, que assenta em seguros de doença.

dotada de uma grande largueza, já que se enucleia no conceito consabidamente amplo e polimórfico de "saúde"⁵³¹. O caminho para o sentido do tipo não passa porém pela busca de um conceito unitário de saúde ou de doença para efeitos jurídicos: cada âmbito normativo valora vertentes diferentes dos fenómenos subjacentes, amalgamando diferente material conceptual de acordo com a função que tal material serve no contexto jurídico em causa⁵³². Assim, não se deve transplantar para esta sede toda a riqueza de sentido de que vem rodeada a referência à saúde no quadro jurídico-constitucional, onde se cura de acolher a um bem jurídico a proteger e a promover nos quadros da construção de uma sociedade justa, livre e solidária⁵³³. Devemos ater-nos à função que o conceito aqui desempenha, e que é a de situar os marcos de referência da regulação de um contrato pelo qual se procede à cobertura de certo tipo de risco. Ora, ordenando-se os tipos contratuais num plano de interpenetrações, sem fronteiras pré-fechadas, o cerne de sentido de um tipo exige, para a reconstituição da sua fisionomia, não só a convocação do todo da regulação típica, como a contraposição com os tipos legais adjacentes, bem como com os tipos sociais que interpelem aquele de que se cura⁵³⁴.

Assim, embora *os acidentes pessoais* também afectem tipicamente, como vimos, a saúde da pessoa segura, haverá que apartar deste o conceito de saúde mobilizado pela regulação do seguro de saúde, para saber qual a regulação que comporta analogia mais intensa com a hipótese em causa. É já tradicional a

⁵³¹ Cujos carácter expansivo foi, aliás, bem ilustrado pela polémica noção de saúde constante da Constituição da Organização Mundial de Saúde, de "estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade" – que, no seu carácter holístico, acaba por apontar para uma situação de "doença permanente", "excepção talvez feita a alguns momentos, maiores ou menores consoante as existências e subjectivas valorações de cada um" – JOÃO CARLOS LOUREIRO, "Aegrotationis medicinam ab iure peto?, Notas sobre a saúde, a doença e o direito", *Cadernos de Bioética*, 25, 2001, pp. 19-53, pp. 25-26; para um recorte tipológico e extrajurídico do conceito, cfr., com todo o interesse, pp. 26-27, na esteira de LAÍN ENTRALGO.

⁵³² Assim, JOÃO CARLOS LOUREIRO, "Aegrotationis...", cit., pp. 40-43, salientando e ilustrando a ausência de um conceito jurídico unitário de doença.

⁵³³ Cfr. a pluralidade de dimensões que têm assento logo no art. 64.º da CRP – especialmente, o n.º 2, b), onde se afirma que o direito à saúde é realizado "[p]ela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável". São dimensões que densificam o cariz de direito social com o direito à saúde que vem aqui sobretudo protegido, transcendendo em muito uma mera ideia negativa de defesa face a perturbações (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I*, Coimbra Editora, 2007, p. 825). Veja-se novamente JOÃO CARLOS LOUREIRO, "Aegrotationis...", cit., pp. 35-36, recenseando a pluralidade de esferas – no ambiente, no trabalho, no consumo, no urbanismo e no desporto – que se entrecruzam nesta realização.

⁵³⁴ MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, "Pensamento...", cit., *passim* e 492-494.

distinção com base no critério da causa da perturbação da saúde: em sede do seguro de acidentes pessoais, trata-se de uma causa accidental, com as notas caracterizadoras que descrevemos acima, entre elas, o carácter externo; no caso do seguro de saúde, a causa da perturbação da integridade física/saúde é de natureza interna, no sentido de resultar de um processo patológico formado no interior do corpo⁵³⁵.

Por outro lado, há que valorar o dado de o risco vir, *senão definido pela, pelo menos aliado à, prestação de cuidados de saúde*. Tal remete-nos para duas questões.

Em primeiro lugar, a questão de saber se será estranha ao tipo legal a cobertura do *risco de incapacidade por doença, ou eventualmente de morte por doença*. À semelhança do que vimos a propósito do seguro de acidentes, esta cobertura pressuporia, para os casos de incapacidade temporária, o pagamento de uma dada prestação por dia de incapacidade, eventualmente calibrada de acordo com a respectiva gravidade. Para os casos de incapacidade definitiva ou morte, estaria aqui em causa o pagamento de um determinado montante determinado nos termos do contrato, eventualmente, no primeiro caso, por referência à gravidade da incapacidade verificada.

Efectivamente, o RGAS delinea as modalidades do ramo doença (art. 123.º, n.º 2) de modo paralelo ao que estabelece para as sub-modalidades da modalidade acidentes pessoais, do ramo acidentes (art. 123.º, n.º 1-b): estabelecendo que podem estar em causa prestações convencionadas, prestações indemnizatórias e combinações de ambas. E, ao referir-se às prestações convencionadas ou despesas efectuadas em cada ano do contrato (art. 214.º, a)), o RJCS parece querer acolher na regulação do seguro de saúde a referência a essas modalidades, preservando (ao contrário do que acontece no restante RJCS) mesmo a terminologia utilizada pelo RGAS a esse propósito. E faz sentido que assim seja, já que, de outro modo, tornar-se-ia menos clara a sede de regulação de modalidades cuja exploração se encontra autorizada e para a qual pode haver mercado. Parecendo, pois, o pagamento de prestações convencionadas durante a situação de incapacidade temporária que acompanha a prestação de cuidados de saúde não oferecer aqui dúvida. Já o pagamento de prestações por incapacidade definitiva devida a doença configura

⁵³⁵ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., pp. 400-401.

uma concretização mais periférica do tipo, sendo mais ténue e presuntiva aquela ligação com a prestação de cuidados de saúde; no caso da cobertura do risco de morte, tal ligação cessa por completo, estando-se já em sede de seguro de vida.

A confirmação obtida nos dois primeiros casos não isenta, porém, o intérprete de aferir da adequação de cada uma das normas candidatas à aplicação face ao contrato. Assim, o art. 215.º b), parece claramente querer referir-se às hipóteses de prestações indemnizatórias e convencionadas, porque remete para os números 2 e 3 do art. 180.º. Ora, percebe-se aqui a comodidade da isenção face à frequência e legitimidade com que os sujeitos fazem recurso de cuidados de saúde de várias fontes em simultâneo, para beneficiar de diferentes metodologias ou de uma intensidade acrescida (embora tal faça surgir o risco de haver duplos reembolsos). Mas já não se compreende inteiramente este regime para as hipóteses em que haja lugar ao pagamento de prestações pré-determinadas – aqui, justifica-se a concessão ao segurador do mesmo "sistema de alerta precoce" face a indícios de comportamentos oportunistas que lhe é conferida nos casos análogos de seguro de vida ou de acidentes pessoais.

Do mesmo modo, o 216.º, n.º 1, que estabelece a cobertura supletiva das doenças pré-existentes e conhecidas da pessoa segura à data da contratação, compreende-se, face ao risco compósito que aqui se cobre, quando estão em causa prestações directamente relacionadas com o acesso a cuidados – indemnizatórias ou convencionadas, relativamente aos dias de incapacidade temporária. Mesmo face a doença pré-existente, a incerteza quanto aos cuidados necessários subsiste em alguma medida, por não se conseguir prever os episódios agudos; face aos tratamentos de rotina, a aleatoriedade encontra-se aqui grandemente comprimida – mas tal parece ter sido uma opção clara do legislador, privilegiando o acesso aos cuidados face ao bem jurídico em causa e atendendo ao facto de este ser um terreno à partida pouco fértil para situações de oportunismo contratual do segurado. Porém, a cobertura de prestações atinentes a incapacidade definitiva não faz sentido quando a doença já for conhecida e tiver determinado o estado de incapacidade definitiva em causa, ou esteja previsivelmente muito próxima de evoluir para este – já que a prestação seria logo tida como certa, ou praticamente certa⁵³⁶.

⁵³⁶ Enferma, pois, de conceptualismo a afirmação do STJ (Processo n.º 17/13.5TCGMR.G1.S1), segundo a qual "na verdade, as doenças *já existentes* à data da subscrição do seguro, *independentemente da sua natureza*, estão – como é patente – obviamente excluídas, pela natureza

Em segundo lugar, a questão da potencial confluência ou contiguidade entre tipos: a do tipo legal seguro de saúde com o tipo seguro de dependência (*long term care insurance, Pflegeversicherung, seguro de dependencia*), que se emancipou tipologicamente na prática e regulação jus-comparatísticas por referência à protecção *contra o risco de dependência funcional, i.e., o risco de perda de autonomia física ou mental necessária para prover ao próprio cuidado básico diário*⁵³⁷. O seguro privado de dependência configura, noutros ordenamentos, um tipo legal ou social de seguro⁵³⁸, ao qual vêm associadas prestações pecuniárias, pré-determinadas – correspondendo a prestações pecuniárias periódicas ou a uma prestação única em caso de verificação de uma situação de perda de autonomia – ou de reembolso de despesas efectuadas com a prestação de cuidados, ou em espécie correspondendo à prestação de serviços de apoio doméstico⁵³⁹. No ordenamento nacional, este não conhece regulação legal específica. Em termos de realidade jurídica contratual, começamos a deparar-nos com uma oferta crescente de serviços não clínicos ao domicílio, que surgem como coberturas incluídas nos seguros de saúde dirigidos ao mercado sénior⁵⁴⁰. Também se vê nos seguros de vida ou de acidentes pessoais que cubram riscos de invalidez associada à perda de autonomia, associando-lhe uma prestação específica de renda ou capital, uma forma de

das coisas, do *risco* a assumir pela seguradora, no âmbito da típica relação *aleatória* que sempre caracteriza o contrato de seguro" – tudo depende, na verdade, da patologia em causa e da sua evolução típica.

⁵³⁷ Veja-se o art. 3.º, h), do Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de Junho, que cria a Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados, dá a seguinte noção de dependência: "situação em que se encontra a pessoa que, por falta ou perda de autonomia física, psíquica ou intelectual, resultante ou agravada por doença crónica, demência orgânica, sequelas pós-traumáticas, deficiência, doença severa e ou incurável em fase avançada, ausência ou escassez de apoio familiar ou de outra natureza, não consegue, por si só, realizar as actividades da vida diária". De um modo abreviado, o diploma usa também o termo "dependência funcional" – cfr. o Preâmbulo, o art. 3.º, i), para uma definição de funcionalidade, e sobretudo os arts. 27.º e 31.º. Cfr. ainda a definição de dependência constante do art. 2.º, n.º 2, Lei 39/2006, de 14 de Dezembro, "De Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia".

⁵³⁸ Veja-se, no ordenamento espanhol, a "Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia"; e, para além da doutrina que citaremos abaixo, MERCEDES VÉRGEZ SÁNCHEZ, "Experiencias en la aplicación de la Ley de contrato de seguro a través de las normas relativas al seguro de personas", *RES*, 123-124, 2005, pp. 789-827, pp. 809-811.

⁵³⁹ Cfr. LUIS ALBERTO MARCO ARCALÁ, *Seguros de personas, Aspectos generales*, Aranzadi, Cizur Menor, , p. 69.

⁵⁴⁰ Anunciando-se, por exemplo, a cobertura de "Assistência ao Domicílio", incluindo, para além de fisioterapia e enfermagem, serviços de limpeza e higiene pessoal e serviços de alimentação, bem como serviços de baby-sitter e de transporte especializado para menores de treze anos a cargo da pessoa segura, ou a cobertura de "Apoio ao Domicílio, correspondendo à disponibilização, caso o sujeito não se consiga deslocar pelos próprios meios, de um profissional que "ajudará [a pessoa segura] nas tarefas do dia-a-dia (compras diárias, preparação de refeições, entre outras)".

cobertura do risco aqui em causa⁵⁴¹.

Encontramos, pois, em relação ao seguro de dependência, a cobertura de um risco específico – o da perda de autonomia – distinto quer de um risco atinente à duração da vida, quer do risco de lesão da integridade física, quer do risco associado à prestação de cuidados de saúde. Embora o risco de perda de autonomia possa vir associado ao transpor de determinada faixa etária, ou a situações de afectação da saúde, por motivo accidental ou interno, é certo que recorta, dentro destas, um grupo distinto, *atinente apenas às situações que têm por consequência a dependência*⁵⁴². Estamos, pois, perante um risco autonomizável, o que tem reflexos, aliás, na sua mensuração. No que especificamente ao seguro de saúde se refere, a distinção provém ainda do tipo de *cuidados associados à perda da capacidade necessária para realizar as actividades da vida diária* – e que, sendo *prestações de serviços de assistência pessoal e doméstica, se apartam dos cuidados de saúde*⁵⁴³.

Trata-se, pois, de um tipo de seguro autónomo⁵⁴⁴. Para lograr uma regulação adequada ao sentido do contrato, parece-nos que cumpre distinguir. Tratando-se da convenção da atribuição de uma prestação periódica ou única uma vez verificada uma situação de *dependência por incapacidade definitiva*, estaremos perante uma situação análoga à de um *seguro de vida em caso de vida para além de certa idade*⁵⁴⁵. É a função previdenciária e de formação de aforro que caracteriza esta última figura que também aí se manifesta. Já face à convenção de *cobertura indemnizatória de prestações de assistência pessoal ou do seu reembolso*, bem como nos casos em que haja lugar à atribuição de uma *prestação pecuniária periódica por perda temporária de autonomia*, em situações de incapacidade

⁵⁴¹ PABLO MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro privado de dependencia*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2012, pp. 20-21 e 49, dá-nos nota de que, no mercado espanhol, a prestação de dependência começou por manifestar-se vinculada ao seguro de vida, consistindo numa prestação de renda mensal ou de capital, dependente do montante dos prémios e da gravidade da situação de dependência, sendo esta ainda a manifestação mais expressiva no mercado da cobertura do risco em causa.

⁵⁴² Sobre estas ligações e, não obstante, a autonomia do risco em causa, cfr. PABLO MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro...* cit., p. 65.

⁵⁴³ Aliás, o citado Decreto-Lei que cria a Rede de Cuidados Continuados é claro nesta separação, referindo, por um lado, intervenções de apoio social e por outro intervenções de saúde (apenas a título de exemplo, cfr. art. 3.º, a), d), e), m), sendo aliás crucial no regime a integração de umas e outras.

⁵⁴⁴ Já assim, no ordenamento espanhol, antes de valer o argumento da referência legal clara a um seguro de dependência, LUIS ALBERTO MARCO ARCALÁ, *Seguros...* cit., p. 68.

⁵⁴⁵ É a solução proposta por LUIS ALBERTO MARCO ARCALÁ, *Seguros...* cit., pp. 73-75, para enquadramento da generalidade dos seguros de dependência, propugnando o autor porém a aplicação muito limitada das normas do regime em causa e o seu complemento pelas disposições do seguro de acidentes sobre causação dolosa e determinação do grau de invalidez.

temporária, estaremos mais próximos do sentido do *seguro de saúde*. Não só este tipo se amolda ao reembolso e prestação de cuidados, como vem construído para as situações de incapacidade temporária que acompanham o quadro clínico correspondente. Em qualquer caso, como vimos acima, a correspondência assim estabelecida não desoneraria o intérprete de aferir da adequação de cada norma do regime em causa à espécie em concreto. Não se trata aqui de um exercício de travo conceptualista em que se busque uma natureza jurídica apriorística do contrato, mas sim perante a busca de modelos legais paralelos que possam orientar o intérprete onde não baste a autonomia privada⁵⁴⁶.

C. Prestações integradas e regime jurídico

Como referimos a talhe de foice, o contrato de seguro de saúde pode dar lugar a prestações de diferentes tipos. Poderá dar lugar ao pagamento de *prestações pecuniárias em razão da incapacidade, temporária ou definitiva, da pessoa segura devida a doença*. Relativamente a estas, vale o que dissemos acima relativamente às prestações pecuniárias devidas em razão da incapacidade em sede de seguro de acidentes. Centralmente tidas em vista pela regulação legal do tipo são, porém, as *prestações directamente ligadas a cuidados de saúde*. Estas podem ser *prestações pecuniárias dirigidas ao reembolso – geralmente parcial – de despesas com cuidados de saúde*; ou *prestações em espécie*, em que o segurador assume directamente ou proporciona a prestação dos serviços de saúde.

Nas manifestações centrais do seguro de saúde, o segurador cobre o próprio risco de realização de determinadas prestações, tomando-as directamente a seu cargo ou reembolsando as despesas correspondentes. Nestas espécies, *o sinistro corresponde, pois, à utilização de determinado serviço*, pressupondo *principalmente uma alteração do estado de saúde da pessoa segura*. Tal alteração não tem, porém, que estar necessariamente em causa, já que, em boa medida, a existência efectiva de uma doença se comprova pelo uso do próprio serviço, e, face a cuidados preventivos, pode nem se chegar a manifestar⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ Parece-nos, pois, criticável a abordagem de PABLO MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro...* cit., 67-76, que busca *a priori* uma natureza jurídica de plano caracterizadora de todas as manifestações do seguro de dependência, acabando por caracterizar a figura como um seguro de prestação de serviços – o que se mostra manifestamente curto face às possibilidades legítimas da autonomia privada nesta sede.

⁵⁴⁷ Centrando-se na característica da previsibilidade, mas de resto similarmente, FRANCISCO LUÍS

Deste modo, ocorre aqui um certo grau de potestatividade na própria causação do sinistro, entendido como recurso a cuidados de saúde. Tal prolonga-se face ao próprio montante da prestação a cargo do segurador, que é também influenciado por actos voluntários do segurado. Isto acontece também nos seguros de prestação directa de serviços pelo segurador, que, dada aquela certa potestatividade no accionamento das prestações, poderá sobre-accioná-las, levando a um aumento do seu *quantum*. Mas ganha uma relevância específica nos seguros de reembolso de despesas, já que aí se colocam também problemas resultantes da escolha do prestador e da qualidade das prestações concretas por parte do segurado. Nesta sede, podem manifestar-se também situações de oportunismo por parte do prestador de cuidados de saúde, que aproveita a sua vantagem informativa para empolar a prestação.

Esta vertente problemática tem concitado duas metodologias diversas de controlo de custos excessivos pelo segurador. De um lado, uma actuação preventiva do segurador, manifestada no chamado "managed care". No âmbito deste, o segurador efectua prestações de serviços que não têm já o sentido de fazer directamente face ao sinistro próprio do seguro de saúde, transcendendo a prestação de cuidados de saúde. Trata-se de outras prestações pelas quais o segurador, *de agente de reparação do dano, se converte em cooperador na sua prevenção e controlo*⁵⁴⁸. Especialmente face ao seguro de saúde, pense-se no acesso a *prestações de aconselhamento*, atinentes a uma segunda opinião face ao diagnóstico médico efectuado, ou face a questões de estilo de vida (vg., dieta ou exercício físico) conexas com a saúde da pessoa segura; pense-se ainda nos serviços de transporte de doentes ou de alojamento dos seus familiares durante os tratamentos. Isto pode ser visto como parte de um *fenómeno mais alargado daquilo que tem sido qualificado como integração de prestações de assistência noutros ramos de seguro*, visando *tornar a oferta do segurador em causa mais concorrencial*. Foi para acomodar estas questões relativas ao *managed care* que a VVG passou a esclarecer, no § 192, III, que o contrato pode também ter por conteúdo a prestação de serviços e exemplificou os mais recorrentes⁵⁴⁹.

ALVES, "O regime...", cit., p. 24.

⁵⁴⁸ CHRISTIAN ARMBRÜSTER, *Privatversicherungsrecht*, cit., pp. 322-323

⁵⁴⁹ WOLFGANG RÖMER, "La reforma del derecho del contrato de seguro en la República Federal de Alemania", *RDM*, 270, 2008, pp. 1515-1539, p. 1538. Em matéria de seguro de saúde, este tipo de prestações concernentes à gestão do risco tem-se afirmado em grande medida noutros ordenamentos,

De outro lado, uma vertente reactiva, patente na recusa do reembolso de despesas havidas por exageradas. Assim, com a reforma da VVG introduziu-se expressamente o § 192, II, que vale para o seguro de reembolso de despesas médicas (§ 192, I), determinando (com carácter supletivo) que o segurador não se encontra obrigado à prestação quando as despesas de tratamento ou de outras prestações forem manifestamente desproporcionadas face às prestações efectuadas. Na base da sua consagração expressa está, por um lado, o lastro da posição tradicionalmente defendida quanto à interpretação da exigência, constante das condições gerais dos seguros de saúde, de que os "tratamentos fossem medicamente necessários", retirando dela um comando de proporcionalidade económica das despesas; e, por outro, a reacção ao *revirement* operado pelo BGH relativamente à mesma, considerando que ela violava o comando da transparência⁵⁵⁰. Também na jurisprudência belga se considerou que o segurado não tinha direito ao reembolso de despesas consideradas sumptuárias, considerando o tribunal que tinha sido violado o dever de boa fé, que impunha ao segurado zelar pelos interesses patrimoniais do seu co-contratante⁵⁵¹.

com um escopo muito claro: o da contenção dos custos com a prestação de cuidados de saúde. Os custos atinentes à prestação de cuidados de saúde estão sob uma particular pressão para o aumento. Desde logo, por *razões atinentes ao próprio processo produtivo*: este faz uso de recursos materiais e humanos caros, dada a sua especificidade/especialização; e está em permanente evolução, o que implica que há constantemente custos atinentes ao investimento em investigação e desenvolvimento a recuperar. Nos mercados onde seja prática a cobertura de riscos de saúde através de contratos de longa duração, junta-se a este factor o *risco demográfico*, já que a evolução dos cuidados se tem feito sobretudo sentir, nas últimas décadas, no âmbito do combate às doenças associadas ao envelhecimento. Por outro lado, tais custos elevados tendem a ser empolados por razões atinentes já a *falhas de mercado*. Em primeiro lugar, os mercados de prestação de serviços e produção de bens ligados à saúde tendem, por aqueles factores de especialização, a ter uma prevalência de grandes operadores, sendo consideravelmente *concentrados e pouco concorrenciais*. Em segundo lugar, dada a posse de informação privada pelo prestador de cuidados – os seus conhecimentos médicos –, o segurador não consegue observar perfeitamente a adequação da sua actividade, podendo haver empolamento logo ao nível dos cuidados prestados. Trata-se de uma das manifestações de *risco moral de terceiro*, que referimos atrás.

⁵⁵⁰ Ac. do BGH de 12.03.2003, IV ZR 278/01. Estava em causa a recusa pelo segurador de reembolso de mais do que metade dos custos havidos com o tratamento do segurado, alegando que o seu montante era, contra os bons costumes, cerca de 900% mais elevado do que o de outros prestadores; quanto ao que dizemos em texto, cfr. nm 28 e ss. Veja-se KOMMISSION ZUR REFORM DES VERSICHERUNGSVERTRAGSRECHTS, *Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 19 April 2004*, 2004, disponível em http://beck-aktuell.beck.de/sites/default/files/rsw/upload/Beck_Aktuell/abschlussbericht.pdf (consultado pela última vez a 10.09.2012), pp. 172-173 e WOLFGANG RÖMER, "La reforma...", cit., p. 1537, considerando que, conquanto tal previsão fosse em si à partida dispensável, se mostra, na sequência desta jurisprudência, útil.

⁵⁵¹ Cfr. a jurisprudência citada em CLAUDE DEVOET, *Les assurances...*, cit., p. 99. Estavam em causa despesas derivadas da escolha pelo segurado de acomodações hospitalares luxuosas, tendo sido consideradas excessivas por não estarem ligadas directamente ao dano sofrido e o segurador as não poder recuperar em sede de sub-rogação.

É importante salientar, face aos propósitos do presente escrito, que não se trata, em qualquer dos casos, de normas inerentes à causação dolosa do sinistro nos seguros de saúde. O recurso aos tratamentos médicos é, em si, um acto voluntário, que não poderia constituir um referente com sentido para um regime de causação dolosa⁵⁵². Este regime *apenas pode reportar-se com sentido ao estado de doença que subjaz aos tratamentos*.

Quanto ao regime aplicável aos seguros de saúde, é claro, em paralelo com o que dissemos acima, que aquele dependerá do tipo de prestações que as partes tiverem convencionado⁵⁵³. Quando se trate apenas do reembolso de despesas de saúde, ou da prestação directa de cuidado de saúde, estaremos perante um seguro de cariz indemnizatório; já quando se trate do dever de prestar determinados montantes em caso de incapacidade, estaremos, à partida, perante um seguro de capitais, devendo aferir-se do que convencionaram as partes quanto à possibilidade de sub-rogação do segurador.

⁵⁵² Assim, o § 201 da VVG tem o cuidado de especificar, para estes efeitos, que a causação se refere à doença ou acidente, e não ao sinistro. Cfr. STEPHAN HÜTT, "VVG § 201 Herbeiführung des Versicherungsfalles", *MüKo VVG, III*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2009, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 18.01.2014), nm. 20; JAN BOETIUS, *Private...* cit., pp. 182-183, sublinhando que, uma vez que o sinistro constitui nestas hipóteses a prestação de cuidados desencadeada por doença ou acidente, este configura sempre um acto doloso, apenas podendo a exclusão reportar-se à razão do recurso aos cuidados.

⁵⁵³ Também a este respeito enjuntamos exercícios de qualificação feitos de plano e em abstracto. Diga-se que, entre a doutrina italiana, em que tais exercícios se tornam mais visíveis, o seguro de saúde tende a ser qualificado como seguro de danos, militando, em geral, nesse sentido, os autores que também o fazem para o seguro de acidentes e ainda outros que negam natureza indemnizatória a este seguro. Cfr. ANTIGONO DONATI, *Tratatto... III*, cit., p. 556. Na doutrina recente e, como pudemos assinalar, adoptando idêntica metodologia, PAOLOEFISIO CORRIAS, "La causa...", cit., pp. 75-76, qualifica aprioristicamente os seguros de dano na saúde, por doença ou acidente ("assicurazioni sulla salute"), entre os seguros de função previdencial, estando então libertos da aplicação do princípio indemnizatório e sujeitos apenas a um controlo de adequação da prestação pactuada face às exigências existenciais advenientes do sinistro. Mais artificiosa ainda é a consequência para os seguros de despesas de saúde: sendo inegável que também estes vêm referidos a uma função previdencial, em atenção a um evento relativo à vida humana, o autor recondu-los a uma espécie dos primeiros, o que determina, na sua concepção, a aplicação directa apenas das disposições relativas ao seguro de vida. Tratar-se-ia, porém, de seguros em que as partes, em atenção a uma ponderada avaliação aos próprios interesses, e não ao princípio indemnizatório, haviam decidido determinar a prestação *per relationem*, por referência às despesas médicas efectivamente suportadas.

IV. O sistema legal de valoração das condutas ligadas ao risco posto em marcha

IV. 1. Pressupostos e conteúdo. Questionamento do seu sentido face aos tipos de seguro em análise

§1 Considerações gerais e distinções

Advirtamos desde o início para que não se deve estranhar que o tratamento do conteúdo da exigência de conduta surja acoplado ao tratamento dos pressupostos da sancionabilidade do seu incumprimento: fixar os pressupostos do incumprimento destas exigências de conduta é dizer do mesmo passo qual a actuação que ainda se comporta nos limites do risco coberto. Com efeito, as condutas face ao risco demarcam-se, perante a transferência do risco, através da colocação da malha da exigência que separa uma actuação que, ainda que pouco diligente, se enquadra no risco a cobrir e aquelas cuja pouca diligência compromete já a cobertura.

As medidas que previnem antecipadamente o sinistro estão sujeitas a um enquadramento normativo diverso do das medidas que previnem ou limitam os danos. Ao contrário do que acontece relativamente às medidas de salvamento, a lei não exige dos sujeitos ligados ao risco a adopção de medidas do primeiro género; o contrato poderá, sim, como frequentemente o faz, exigir medidas concretas tendentes à contenção do risco, cuja inscrição é contrabalançada pela diminuição dos prémios cobrados.

A contraface da não exigência dessas medidas é o não reembolso das despesas por elas acarretadas – tal seria colocar sobre o segurador, aliás, um dever cuja determinação totalmente lhe escaparia. Isto não implica, porém, que as medidas de prevenção antecipada adoptadas pelo segurado tenham que ser irrelevantes em sede do contrato de seguro. Na verdade, quando a sua adopção gere uma diminuição inequívoca e duradoura do risco com reflexo nas condições do contrato, poderá o segurado prevalecer-se da diminuição do risco assim espoletada, nos termos do art. 92.º, n.º 1.

Analicamente posterior é a valoração da conduta do segurado enquanto causador doloso do próprio sinistro, a qual é objecto de valoração autónoma pelo art. 46.º do RJCS. Não encontramos aqui uma estanquicidade face ao conjunto anterior – aceitando que a causação dolosa pode provir de omissão, logo descortinamos a proximidade entre estas hipóteses e aquelas em que a violação dolosa de uma medida concreta de controlo do risco prevista no contrato seja causa adequada do sinistro. Tão-pouco poderemos conceber em modos estanques a relação entre o regime da causação dolosa e o regime das medidas de salvamento (art. 126.º). Tal mostra-se especialmente patente quando se concebe a intervenção salvadora logo a partir do momento em que o sinistro se encontra iminente.

Esta interpenetração dos pressupostos materiais de accionamento dos diferentes regimes evidencia desde logo que a mobilização de um ou de outro não surge sempre ao intérprete como opção clara, exigindo (para além da que sempre caberia) uma fundamentação prática normativa acrescida. Por outro lado, alerta-nos para que se trata de regimes de intencionalidade análoga, impondo-se também que exista um fundamento para a diferenciação dos seus pressupostos.

Vimos ainda que, nos seguros de acidentes e nos seguros de saúde, o sinistro apresenta alguma especificidade. Poderá tratar-se, num caso ou noutro, de um sinistro dilatado no tempo, em que a duração da produção do dano conforma o dever de prestar do segurador⁵⁵⁴. Aqui, o referente do regime do salvamento deve ser o todo deste processo causal, já que durante todo ele o dano se produz⁵⁵⁵.

§2 As hipóteses concretas

A. Proibição da causação intencional do sinistro

a. Antecedentes imediatos da norma

Os dois Códigos comerciais nacionais ostentam as marcas de vários estádios da evolução de que dissemos na Parte II. 1. §1. Da letra do CCom de 1833, resulta contrastivo o recorte da regra geral na matéria, bem como da regra dos seguros dos bens transportados ou do navio, face à regulação da causação voluntária do sinistro em relação ao seguro de incêndios. De acordo com a regra geral, o segurador não

⁵⁵⁴ BRITTA HANNEMANN, *Neubegründung...* cit., pp. 56-57.

⁵⁵⁵ BRITTA HANNEMANN, *Neubegründung...* cit., p. 59

responderia por danos ou avarias causados por facto do segurado, podendo, caso tivesse já começado o risco, exigir ou reter o prémio (1755.); nos artigos seguintes, previa-se a exoneração do segurador também face a variadas hipóteses de causação por facto do capitão ou equipagem, independentemente de qualquer culpa do segurado⁵⁵⁶. Diversamente, no caso do seguro de incêndio, o segurador não se exoneraria salvo provando que o incêndio fora "causado por facto, *ou negligencia grave da própria pessoa do segurado*" (1770)⁵⁵⁷.

Do CCom de Veiga Beirão não constava uma norma geral que regesse a questão da causação do sinistro, havendo uma norma prevista para a matéria dos seguros de riscos e uma norma prevista para a matéria do seguro de vidas; o seguro de incêndios contava com regime especial. Ausentes da regulação estavam âmbitos onde foi marcado também o alargamento da noção do risco transferido pelo contrato – como o seguro de acidentes ou de responsabilidade civil⁵⁵⁸. Como veremos, a doutrina tratou, porém, de estabelecer esta diferenciação.

O art. 437.º, 3.º, face aos seguros de riscos, determinava que o seguro ficava sem efeito se o sinistro tivesse sido causado pelo segurado ou por pessoa por quem ele fosse civilmente responsável; esta disposição entrelaçava-se com o disposto no art. 439.º, corpo, onde se colocavam a cargo do segurador todas as perdas e danos que sofresse o objecto segurado devidos a caso fortuito ou de força maior de que tivesse assumido os riscos. Maior brandura era, também aqui, demonstrada em relação ao seguro de incêndios, compreendendo-se no seu âmbito os danos provocados por incêndio causado por facto não criminoso do segurado ou de pessoa

⁵⁵⁶ As disposições mostram mesmo um rigor maior do que o que vinha dos ensinamentos de Pedro de Santarém – assim, vg., no caso de "fraude ou ribaldaria" do capitão, o segurador era exonerado mesmo quando o segurado e dono do navio tivesse escolhido aquele diligentemente, salva convenção em contrário, excluída quando o capitão fosse o único dono do navio, pois então ficaria em posição particularmente favorável para aproveitar da sua própria torpeza, como esclarece DIOGO PEREIRA FORJAZ DE SAMPAIO PIMENTEL, *Anotações V*, cit., p. 112; segundo o autor, a relação de dependência do capitão face ao dono favoreceria sempre o coluio. Veja-se o art. 1756. Este rigor, que se manteve no Código de Veiga Beirão e foi partilhado pelos Códigos de Comércio francês e espanhol, apartava estas ordens jurídicas do sentido normal da distribuição do risco no Direito comparado, que colocava tais factos a cargo do segurador ERNST FRAMHEIN JR., *Die Herbeiführung...* cit., p. 10).

⁵⁵⁷ Tratando os vários preceitos a par e louvando-se mesmo nas disposições do ALR prussiano para imputar sistematicamente ao segurado as consequências da actuação dos seus familiares – para além portanto da negligência da sua própria pessoa –, DIOGO PEREIRA FORJAZ DE SAMPAIO PIMENTEL, *Anotações V*, cit., pp. 105-106. O autor refere que o segurador se obriga pelos danos provenientes de causas inevitáveis ou insuperáveis, e não pelos factos pessoais e arbitrários do segurado ou dos sujeitos pelos quais ele responde. Parecemos, pois, estar próximos da consideração de que o segurador só responde em caso de força maior.

⁵⁵⁸ ERNST FRAMHEIN JR., *Die Herbeiführung...* cit., p. 11.

por quem ele fosse civilmente responsável (art. 433.º, 1.º). Por sua vez, o art. 458.º, 1.º, face aos seguros de vidas, determinava que o segurador não era obrigado a pagar a quantia segura se a morte da pessoa cuja vida se havia segurado fosse resultado de duelo, condenação judicial, suicídio voluntário, crime ou delito cometido pelo segurado ou se este houvesse sido morto pelos seus herdeiros. As *normas não eram tidas, em si, por imperativas*, apenas se vedando a contravenção a elas na medida em que fosse também uma contravenção à ordem pública e aos bons costumes⁵⁵⁹.

Numa primeira fase, a exoneração do segurador que daqui resultava⁵⁶⁰ foi fundada pela doutrina, em termos mais gerais, na noção de sinistro marcada pela acidentalidade – ao que não foi alheia a própria letra do Código. O seguro era visto como o contrato pelo qual o segurador tomava a si os efeitos do acaso – juscomercialmente dito caso fortuito ou de força maior – que se abatesse sobre o segurado⁵⁶¹. Assim, o sinistro era entendido como o caso fortuito ou de força maior de que resultasse a parcial ou total realização do risco garantido pelo segurador – o que se espelha, como vimos, no art. 439.º –, ou, independentemente dessa natureza, como o caso previsto na apólice como fonte de danos que o segurador devesse cobrir – conforme resultava da compreensão da apólice como "lei das partes"⁵⁶². Ora, sendo caso fortuito ou de força maior "qualquer facto superior às forças humanas e imprevisto, ou previsto, mas inevitável"⁵⁶³, estava o facto do segurado excluído das suas fronteiras, apenas podendo ser coberto na medida em que tal fosse licitamente previsto na apólice.

⁵⁵⁹ Assim, por exemplo, à face do art. 437.º, 3.º, reputava-se lícito pactuar a cobertura dos danos causados por mera negligência do segurado – cfr. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 567 – ou mesmo por culpa grave – JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 107.

⁵⁶⁰ Embora a letra do art. 437.º (corpo) decorresse que a consequência era o seguro ficar sem efeito, tal era criticado pela doutrina – assim LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 565 –, que considerava que o seguro se poderia manter em relação aos sinistros ou danos ocorridos nos termos da lei e da apólice. O segurador deveria, sim, ser tido por exonerado da cobertura dos sinistros ocorridos nos termos desse artigo.

⁵⁶¹ FRANCISCO ANTONIO DA VEIGA BEIRÃO, *Direito commercial...* cit., p. 115; o autor reporta-se a MANOEL ANTONIO COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito civil portuguez*, I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1852, p. 84, que via o risco como a indemnização, à face do Direito comercial, do caso fortuito ou de força maior. Note-se que as expressões vêm tradicionalmente usadas de modo sinónimo (FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio...* cit., pp. 119 e ss.).

⁵⁶² LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 565; quanto à compreensão da apólice como lei das partes, cfr., por exemplo, p. 630.

⁵⁶³ Assim, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 565. Já FRANCISCO ANTONIO DA VEIGA BEIRÃO, *Direito commercial...* cit., p. 115, considerava da essência do risco não se poder evitar naturalmente (cfr. MANOEL ANTONIO COELHO DA ROCHA, *Instituições*, I... cit., p. 84, considerando acaso todo o acontecimento que o homem não pode prever, nem desviar naturalmente).

À face das limitações legais, não encontramos, pois, no início do séc. XX, a expressão clara da recompreensão que passa a colocar a causação negligente no âmbito típico da cobertura, em atenção às necessidades da vida real, adjudicando ao contrato de seguro a função de garantia de segurança da existência económica neste contexto⁵⁶⁴. Faltava-nos, para o efeito, desde logo, uma disposição como o § 61 da VVG alemã, ou art. 14 da VVG suíça, que condicionasse as consequências do regime da causação ao pressuposto mínimo da negligência grosseira. Caberá a MOITINHO DE ALMEIDA, indo já avançado o século, colocar com clareza a exclusão em novas bases: as razões de ordem pública e moralidade, que o autor parece fazer corresponder ao parâmetro dos bons costumes⁵⁶⁵. Assim, a lei previa a derrogação da exclusão, desde que com respeito pela ordem pública e pelos bons costumes.

Tal não quer dizer que a doutrina anterior não fosse pragmaticamente adequando as normas às necessidades do tempo. Considerava-se decorrer do art. 437.º, 3.º, a exoneração do segurador quando o caso correspondente ao sinistro decorresse causalmente de um facto doloso ou negligente de um destes sujeitos⁵⁶⁶. Eram, porém, ressalvados pelos autores os casos em que *na causação do sinistro, pela natureza deste, vinha normalmente implicado um acto negligente de um dos ditos sujeitos* – como era o caso, especialmente acautelado na lei, do seguro de incêndios, onde o segurador só se eximia nas hipóteses de facto criminoso (art. 443.º, 1.º); ou o caso do seguro contra acidentes de trabalho ou de responsabilidade civil⁵⁶⁷. Além disso, parece entender-se que se teria aqui de tratar de comissão por acção, não bastando, salvo quando o contrato previsse o contrário, a comissão por omissão⁵⁶⁸. Moitinho de Almeida viria a restringir mais ainda o alcance deste

⁵⁶⁴ Cfr. HANS ROELLI, *Kommentar...I*, cit., p. 192. Também a doutrina alemã do início do séc. XX proclama já decisivamente a não caracterização do risco seguro pela nota da "acidentalidade" ("Zufälligkeit") – cfr., vg., WILHELM KISCH, *Handbuch...II*, cit., p. 64; HANS MÖLLER, "Zu den Normen...", cit., p. 551.

⁵⁶⁵ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., pp. 101-104; a influência de Donati é considerável.

⁵⁶⁶ Assim, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 567; embora o autor diga logo de seguida que essencial era que houvesse uma relação de causa e efeito entre o acto do sujeito e o sinistro, não parece com tal querer vir contrariar a exigência de negligência que formula antes. Mais longe ia ADRIANO ANTHERO, *Comentário ao Código Commercial Portuguez*, II, Typographia "Artes & Letras", Porto, 1915, p. 178, extraindo da comparação com a letra do 443.º, 1.º e da regra geral estabelecida pelo art. 439.º que o segurador se desonerava por facto puramente casual dos sujeitos em causa.

⁵⁶⁷ Assim, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 567; quanto ao seguro contra incêndios, já FRANCISCO ANTONIO DA VEIGA BEIRÃO, *Direito commercial...* cit., p. 119.

⁵⁶⁸ Assim, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 567, considerando que, mesmo aí,

artigo⁵⁶⁹, defendendo não ser imoral que o segurado recebesse a prestação do segurador quando o sinistro fosse causado dolosamente por terceiros dependentes dele ou do tomador. Como tal, salvo cláusula em contrário, devia o segurador prestar também nesses casos, por faltar aqui o fundamento para a exoneração.

Ao contrário do que acontecia em face dos n.ºs 1.º e 2.º do mesmo artigo, aqui o CCom não conferia ao segurador o direito a reter metade do prémio⁵⁷⁰, tão-pouco regulando o destino deste. Considerava-se que, em todo o caso, o segurador teria direito aos prémios vencidos à data do sinistro, por ter suportado os riscos correspondentes⁵⁷¹. E, face aos prémios vincendos, admitia-se a possibilidade de se pactuar a retenção de todos⁵⁷².

b. Regime geral

O art. 46.º estabelece que, salvo disposição legal⁵⁷³ ou regulamentar em sentido diverso, assim como convenção em contrário não ofensiva da ordem pública quando a natureza da cobertura o permita, *o segurador não é obrigado a efectuar a prestação convencionada em caso de sinistro causado dolosamente pelo tomador do seguro ou pelo segurado* (n.º 1). Por sua vez, o beneficiário que tenha causado dolosamente o dano não tem direito à prestação (n.º 2).

Este breve diálogo diacrónico com os antecedentes da regulação da questão, permitir-nos-á, complementado com a atenção, sincrónica agora, a alguns dos ordenamentos mais próximos, compreender as opções subjacentes ao art. 46.º do

o segurador teria que provar que o segurado poderia, com as suas exclusivas forças, dominar o sinistro. O autor parece já ter uma opinião menos sólida a respeito das fronteiras do dever de evitar o sinistro quando comenta o dever de salvamento, como veremos a esse propósito.

⁵⁶⁹ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 104.

⁵⁷⁰ O que era criticado (ADRIANO ANTHERO, *Comentário...* cit., pp. 177-178; LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 569), já que procederia aqui um argumento de maioria de razão face àquelas hipóteses. Segundo ADRIANO ANTHERO, *Comentário...* cit., p. 176, face ao 437.º, 1.º e § 1.º, seria metade do prémio pago ou a pagar por ocasião do contrato, ainda que não estivesse vencido; face ao 2.º e § 2.º, o segurador reteria todo o prémio vencido e metade do prémio não vencido que já lhe tivesse sido entregue (p. 177). Também ARNALDO PINHEIRO TORRES, *Ensaio...* cit., pp. 158-159, considerava que, nos termos do § 1.º, o prémio a que o segurador tinha direito era metade do total pago ou a pagar, devido por se ter contratado, nos termos do princípio da indivisibilidade do prémio; tal consequência tinha, assim, um carácter punitivo; e acompanhava também Anthero na interpretação do § 2.º. Diferentemente, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 529, considerava que o § 1.º apenas dava direito a reter metade do prémio que já estava pago ou deveria sê-lo até ao momento da tomada de conhecimento da falta do risco.

⁵⁷¹ LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 569.

⁵⁷² LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 569.

⁵⁷³ Será o caso da lei ou regulamento previsto no art. 148.º, atinente à cobertura do dolo no seguro obrigatório de responsabilidade civil.

RJCS. Um ponto de regulação é, desde logo, saliente: *o de que os sinistros negligentemente causados estão à partida cobertos, sendo tal requerido para que o seguro se desincumba da sua função económica*. Tal conforma um princípio geralmente vigente no Direito comparado e, como vimos, já por muitas vezes proclamado ao longo do séc. XX. A complexificação da sociedade industrial foi, neste como noutros âmbitos, interiorizada pelo discurso jurídico, afirmando-se que *apenas com a cobertura dos sinistros negligentemente causados se lograria cumprir a função do seguro de garantia da segurança económica dos sujeitos, forçados a actuar num contexto que, denso e rapidamente mutável, não deixava tempo a uma actuação ponderada*⁵⁷⁴.

Esta compreensão encontra respaldo tanto num regime como o do Direito nacional, que restringe a recusa da cobertura às hipóteses de causação dolosa, como nos regimes estrangeiros que a recusam ou limitam ainda nos casos de causação *grosseiramente negligente*⁵⁷⁵, ou mesmo afirmam principialmente a cobertura dos sinistros causados por negligência do tomador ou segurado⁵⁷⁶. Face a regimes análogos do Direito comparado, encontramos, assim, uma primeira diferença: *o silêncio do regime do RJCS quanto à causação grosseiramente negligente*, que fica, assim, à partida incluída na cobertura.

Por outro lado, é notório que a disposição tanto pretende estabelecer uma *norma de validade das convenções privadas* – limitando os termos em que podem acolher a cobertura das actuações em causa –, como uma *norma de conduta* – associando consequências jurídicas às ditas actuações.

Vejamos mais de perto.

O art. 13.º, n.º 1, atribui, em sede de seguros de massa, carácter semi-imperativo à totalidade da norma. Face à formulação do art. 46.º, tal atribuição não pode deixar de ser corrigida pelo intérprete, sob pena de contradição normativa. Assim, a ordem pública não pode deixar de ser tida como absolutamente imperativa

⁵⁷⁴ Assim, HANS ROELLI, *Kommentar...I*, cit., pp. 192-193.

⁵⁷⁵ É o caso da Alemanha, onde à causação com negligência grosseira corresponde a faculdade do segurador de reduzir a sua prestação na medida da culpa (§81, 2 VVG); ou da Bélgica (art. 62., al. 2, da LA), onde a referência é apenas no sentido de limitar a convenção da exoneração em caso de causação grosseiramente negligente, impondo-se que o contrato recorte expressa e limitativamente as hipóteses em que tal pode ocorrer.

⁵⁷⁶ Fazem referência expressa a este princípio geral de cobertura de actos meramente negligentes do segurado, por exemplo, o art. 62, al. 2, da LA, ou o L113-1 do Cod. ass. Em sede específica do seguro de incêndios, veja-se também o art. 150.º, n.º 1, do RJCS.

sem deixar de cumprir a função de vigilante dos valores centrais do ordenamento que a alumia. Por sua vez, a natureza de cobertura não poderá ser havida como livremente comportando regulações de sentido diferente, desde que num sentido mais favorável à contraparte do segurador: esta poderá pôr mesmo em causa a própria qualificação do negócio⁵⁷⁷, num momento prévio ao da validade, e, quando o não faça, levar a uma indeterminação do risco afinal coberto, com que o ordenamento não pode pactuar (280.º, n.º 1, do CC). Por outro lado, uma alteração do regime relativo à causação dolosa pelo beneficiário não pode deixar de estar sujeita aos mesmos limites, apesar da falta de remissão expressa do art. 46.º, n.º 2, para eles. Não se justificaria impor limites mais rígidos ao tomador do seguro ou ao segurado do que os que são impostos ao beneficiário que não seja segurado – a distinção a estabelecer importaria mesmo que se fosse mais severo em relação a um beneficiário não segurado, já que este, tendo direito a receber na sua esfera a prestação seguradora, não é contudo titular do interesse seguro. Como tal, não se veria porque haveria a maior limitação das possibilidades de convenção de cair onde as necessidades preventivas são exactamente iguais ou mesmo menores. Melhor teria, pois, andado o legislador se, perante a formulação adoptada, tivesse clarificado a remissão do n.º 2 para os limites do n.º 1 e tivesse simplesmente conferido natureza absolutamente imperativa ao conjunto.

Regista-se, pois, que, para os seguros de massa, a norma apenas pode ser alterada num sentido mais favorável ao segurado – no sentido, portanto, da cobertura dos sinistros dolosos –, e sempre dentro dos limites estabelecidos. Esta semi-imperatividade opera nas seguintes faces da permissão e proibição: permite-se que se preveja contratualmente a cobertura de factos dolosos; mas proíbe-se tal quando contrário à ordem pública ou à natureza da cobertura. Um exemplo clássico de uma cobertura travada pelo primeiro limite é, como pudemos já anteriormente dar conta, o dos sinistros dolosos no seguro de incêndios. Um exemplo de cobertura travada pelo segundo limite seria a cobertura de lesões corporais dolosamente causadas em sede de seguro de acidentes pessoais.

⁵⁷⁷ Assim, a cláusula poderá sobreviver a um juízo de invalidação, se se concluir que ela é mais um indicio de que o risco que se quis cobrir foi efectivamente outro, perante o qual a inclusão de factos dolosos faça já sentido. Seria o caso, vg., se num dito "seguro de acidentes", se cobrisse o risco de acidente do "segurado" no local de trabalho por facto negligente ou doloso do respectivo empregador. Aqui, poderíamos na verdade estar perante um seguro de responsabilidade civil (facultativo) do empregador por acidentes de trabalho, de que seria este último, e não o trabalhador, o verdadeiro segurado.

Regista-se ainda a ausência de uma regulação expressa da causação do sinistro determinada por negligência grave. Articulado-a com a semi-imperatividade da norma, seríamos, numa primeira leitura, levados a concluir que não era possível *pactuar a exclusão do risco para as hipóteses de causação grosseiramente negligente ou apenas negligente*. Estaríamos aqui perante uma das hipóteses de solidariedade na partilha de riscos, imposta por força da lei⁵⁷⁸. Seria, pois, uma opção legislativa no sentido de uma redistribuição forçada entre melhores e piores riscos.

Tal seria, porém, inequivocamente uma restrição extrema à livre conformação do contrato, sobretudo pensadas as hipóteses de negligência grosseira. Pensadas, aliás, hipóteses em que o sinistro é especialmente apto a afectar bens jurídicos de terceiros – o exemplo de escola é o seguro de incêndios⁵⁷⁹ –, pouco sentido poderia fazer tal cobertura obrigatória geral: se, quando estão em causa apenas interesses do segurador, se pode alegar que este é livre de os restringir, podendo reagir *ex post* à maior sinistralidade que tal induzir, já não se pode acolher tal agravamento do risco quando estão em causa bens jurídicos de terceiros. Do que se trata aqui é de estabelecer limites ao risco seguro – que, face ao contrato de seguro, configura a modelação do objecto contratual. Trata-se, pois, de matéria *prima facie* deixada à livre conformação das partes contratuais, nas condições que tenham por mutuamente vantajosas – livre conformação só barrada por limites externos, como o da ordem pública, ou limites internos, atinentes à não desfiguração do contrato, aferida em geral por parâmetros como os contidos nos arts. 15.º e 16.º do RJCCG e 45.º do RJCS, e em particular por tomadas de posição legislativas que densifiquem um objecto mínimo de um determinado contrato⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ BERNARD DUBUISSON, "Solidarité, segmentation...", cit., pp. 106-111.

⁵⁷⁹ OLIVER BRAND, "Das Quotelungsprinzip – Versuch einer Versöhnung", in *Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht, Festschrift für Egon Lorenz zum 80. Geburtstag*, MANFRED WANDT/PETER REIFF/DIRK LOOSCHELDERS/WALTER BAYER (coord.), Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2014, pp. 55-84, p. 60.

⁵⁸⁰ Note-se que, apesar de a semi-imperatividade dos regimes equivalentes não ter sido sempre a opção dos ordenamentos mais próximos do português – são por exemplo supletivos o § 61 da VVG austríaca, o art. 1900 do *Codice civile* ou o § 81 da VVG alemã, –, da articulação de tais disposições com o restante sistema jurídico decorrem resultados fundamentalmente alinhados com o nacional, já que os parâmetros decisivos, quer de "inclusão máxima de riscos", quer de "exclusão máxima de riscos", são coincidentes. De um lado, porque está geralmente subjacente a este quadrante o limite da ordem pública e/ou dos bons costumes, vedando a cobertura mesmo onde o limite aparecesse semi-imperativo ou supletivo; do outro, porque o limite do esvaziamento da cobertura é também policiado por operadores tendencialmente coincidentes, retirados do regime da contratação com recurso a clausulados contratuais gerais ou, em sede mais geral, dos parâmetros da boa fé ou da causa do negócio jurídico.

Da regulação conferida pelo RJCS à causação dolosa do sinistro resulta ainda a sua divergência face ao regime do salvamento – fundamentalmente, em sede do pressuposto da culpa relevante, já que, enquanto que do regime da causação do sinistro decorre que, nada dispondo o contrário em sentido oposto, se encontra coberta a causação negligente, já do regime do salvamento decorre a redução da prestação seguradora em caso de incumprimento, mesmo com negligência simples, de tal exigência de conduta. Trata-se de uma falta de solidariedade entre os regimes mais bem acautelada em alguns dos ordenamentos próximos⁵⁸¹, e que, dada a proximidade entre as hipóteses relevantes num regime e noutro – basta figurar as hipóteses de causação por omissão e as de violação omissiva do dever de prevenir o sinistro para o tornar claro –, não deixa de colocar riscos de antinomia regulatória. Daremos conta desta problemática a propósito do regime do salvamento, cujo regime legal permite melhor ancoragem da análise.

Vimos também que, à face da lei, se retiram consequências das condutas dolosas do tomador, segurado ou beneficiário. A determinação do sujeito cujas condutas relevam para o accionamento da *fattispecie* será mais cumpridamente compreendida por comparação com o que ocorre face à generalidade destes regimes (cfr. infra, § 3).

c. Regimes previstos para os seguros de pessoas

Diferentemente do que acontece noutros pontos da regulação da relevância destas condutas, assistimos a uma especial preocupação do legislador em prever regimes especiais relativos à causação do sinistro em sede de seguros de pessoas – regimes que por vezes se afastam decisivamente do sentido da regulação geral⁵⁸².

O cerne da regulação encontra-se previsto a propósito dos seguros de vida. No caso dos seguros de vida estipulados para o caso de morte, por definição, o beneficiário não coincide com a pessoa segura. Ora, nos termos do regime supletivo

⁵⁸¹ Tal alinhamento é flagrante nos PEDCS, que regula, no art. 9:101, o regime da causação do sinistro, determinando no n.º 3 da disposição que a provocação compreende o não afastamento ou mitigação do dano. A VVG alemã deixou que permanecessem clivagens entre os regimes, embora de índole diversa das que assinalámos face à nossa lei: aqui, tais pressupostos coincidem no tocante à culpa, mas apartam-se no tocante à atribuição do ónus da prova da causalidade – impendendo sobre o segurador no caso da causação do sinistro e sobre o segurado no tocante ao salvamento (§§ 81 e 82).

⁵⁸² Os seguros de pessoas não são os únicos a dispor, à face do próprio RJCS, de um regime especial relativo à cobertura de actos dolosos; também dispõem de um regime especial os seguros de responsabilidade – cfr. os arts. 143.º e 148.º. Estando estes últimos, porém, excluídos do objecto do nosso trabalho, não os trataremos *ex professo*.

(arts. 11.º, 12.º e 13.º *a contrario* e 191.º) previsto pelo art. 191.º, n.º 1, a cobertura do sinistro provocado pela pessoa segura – do suicídio, portanto – tem lugar cumprido que seja o limite temporal de *um ano após a celebração do contrato*⁵⁸³. De acordo com a regra geral supletiva apenas está excluída, portanto, a cobertura do suicídio ocorrido *dentro do ano após a celebração do contrato*; depois desse prazo, a regra será a da cobertura do suicídio⁵⁸⁴. *Por convenção, pode-se mesmo ir mais longe e convencionar a cobertura a todo o tempo do suicídio*. Por outro lado, sendo esta norma supletiva, pode ser excluída a cobertura do suicídio relativamente a todo o tempo de duração do contrato.

Tal norma exprime um assinalável contraste com o regime anterior, constante do art. 458.º, 1.º. Para o que agora releva, este determinava que o segurador não era obrigado a pagar a quantia segura se a morte da pessoa cuja vida se havia segurado fosse resultado de duelo, condenação judicial, suicídio voluntário, crime ou delito cometido pelo segurado⁵⁸⁵. Nos termos do § 1, esta disposição não valia no caso do seguro de vida contratado por terceiro. A *ratio* geral reconhecida ao 1.º assentava quer em razões atinentes à natureza do seguro, quer em razões de ordem moral⁵⁸⁶. Assim, o seguro deveria garantir contra caso fortuito, e não contra um facto do próprio segurado, assente na sua "cooperação culposa", já que tal facto faria desaparecer a álea própria do seguro. Aqui vem espelhada a ideia de que se a pessoa segura viesse a perder a vida em resultado de mera tentativa ou comissão de crime – *vg.*, de um ferimento feito por outrem em legítima defesa –, ou de aplicação de pena – ou por força de aplicação (no estrangeiro) de pena de morte, ou por força das condições do cárcere⁵⁸⁷ –, de algum modo subjazeria a tal morte uma

⁵⁸³ Nos termos do n.º 2 do mesmo art., este limite temporal de um ano renova-se em caso de aumento do capital seguro por morte, bem como na eventualidade de o contrato ser repostos em vigor, mas, em qualquer caso, a exclusão respeita somente ao acréscimo de cobertura relacionado com essas circunstâncias.

⁵⁸⁴ Em face do seguro obrigatório de responsabilidade civil, a cobertura de actos dolosos é mesmo imperativa, à face da versão final do art. 148.º (n.º 2) – *cfr.* FILIPE DE ALBUQUERQUE MATOS, "Contrato...", *cit.*, p. 682.

⁵⁸⁵ Entendia-se que a prova da voluntariedade do suicídio cabia ao segurador, já que se estava perante um facto impeditivo do seu direito; admitia-se porém convenção em contrário (JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* *cit.*, p. 389).

⁵⁸⁶ ALVARO DA COSTA MACHADO VILLELA, *Seguro...* *cit.*, p. 206, particularizando o juízo nas pp. ss.; seguido por ADRIANO ANTHERO, *Comentário...* *cit.*, pp. 213-215. Considerava também FRANCISCO ANTONIO DA VEIGA BEIRÃO, *Direito commercial...* *cit.*, p. 123, que a justificação dos casos exceptuados por lei era em todos concorrer o próprio segurado ou quem na sua morte tinha interesse.

⁵⁸⁷ ADRIANO ANTHERO, *Comentário...* *cit.*, p. 215. Aparentemente contra, já que o elenco do art. 458.º, 1.º, constando de excepções, deveria ser interpretado restritivamente, ALVARO DA COSTA

voluntariedade culposa. Tal como noutros passos da compreensão dos deveres atinentes à prevenção ou mitigação do sinistro, encontramos aqui um raciocínio fundado na concepção da alocação de riscos própria do contrato de seguro. Era esta a *ratio* reconhecida ao art. 458.º, § único, que determinava que, no caso do seguro sobre a vida de terceiro, o segurador não ficava desobrigado com o suicídio do segurado (pessoa segura). Considerava-se que o acto deste último era, face ao tomador, um acto de força maior, a cujas consequências o tomador deveria ser eximido⁵⁸⁸.

A este fundamento acrescentaria o de o seguro não dever, sob pena de ofensa da ordem pública, oferecer um estímulo para a prática de crimes ou para a prática de suicídio – ou ser o seu funcionamento abalado pelo facto de os suicidas, já determinados a fazer cessar a sua vida, a segurarem antes⁵⁸⁹. Era este o único fundamento que MOITINHO DE ALMEIDA admitia subjazer ao regime. Assim, criticava desde logo a norma do art. 458.º, § único – sendo o seu escopo o de evitar o incentivo ao suicídio, esta procederia em qualquer caso; de resto, a admitir-se aquela argumentação, o suicídio seria sempre também um acto de força maior em relação ao terceiro beneficiário, não tendo sentido a sua irrelevância apenas nos casos de contratação por terceiro⁵⁹⁰. E criticava também a equiparação ao suicídio, estabelecida pelo art. 458.º, 1.º, da morte resultante de duelo, condenação judicial, crime ou delito cometido pelo segurado: se estes actos eram em si ilícitos ou imorais, não o era já que terceiros estranhos a esses factos recebessem uma prestação por força da morte que deles decorresse⁵⁹¹.

Assim, a norma apenas se referia ao suicídio voluntário, para excluir casos de perturbação das faculdades mentais, com interferência na vontade e na capacidade de avaliação do acto pelo sujeito⁵⁹². Debatido era já se o suicídio provocado por razões morais – desgosto, desespero,... –, e não físicas, seria ou não voluntário, já que aqui

MACHADO VILLELA, *Seguro...* cit., p. 209.

⁵⁸⁸ ALVARO DA COSTA MACHADO VILLELA, *Seguro...* cit., p. 210.

⁵⁸⁹ ALVARO DA COSTA MACHADO VILLELA, *Seguro...* cit., p. 207; quer a referência expressa à defesa da ordem pública, quer a recusa do argumento de que de outro modo se punha em causa natureza de caso fortuito do sinistro encontram-se em JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., pp. 383 e 388.

⁵⁹⁰ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 388.

⁵⁹¹ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 390.

⁵⁹² Neste sentido, referindo-se a insanidade, causada por loucura, ALVARO DA COSTA MACHADO VILLELA, *Seguro...* cit., p. 208; acrescentando a esta as "causas físicas" (delírio febril, intoxicação alcoólica,...), LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 636; mais recentemente, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., pp. 384-385.

o acto era sobredeterminado por uma paixão. Contrapunha-se, porém, que a vontade nunca era verdadeiramente livre, pelo que não haveria que distinguir⁵⁹³.

A doutrina perguntava-se, porém, por aquilo que vinha previamente: se seria lícito pactuar a cobertura do suicídio ou morte em duelo. A opinião generalizada manifestava-se pela ilicitude de tal convenção, sendo nulo tal seguro⁵⁹⁴. No caso do suicídio, por a imoralidade do suicídio tornar ilícito o respectivo seguro, ou, posteriormente, por se entender como contrária à ordem pública de tal cobertura⁵⁹⁵; e por assim se fazer assentar o pagamento no puro arbítrio do segurado. No caso do duelo, por tornar o pagamento dependente de um crime, associando o seguro a um objecto legalmente impossível (art. 671.º do Código de Seabra)⁵⁹⁶.

Note-se, por último, apesar de o Ccom não possuir, ao contrário de outras legislações, uma norma que obrigasse o segurador ao cumprimento caso o sinistro fosse causado pelo segurado no desempenho de um acto de humanidade⁵⁹⁷ ou em defesa dos interesses do segurador, a doutrina retirava, dos princípios vigentes na matéria, que o sinistro não deixaria de ser coberto em tais hipóteses – ou porque, neste caso, faltava a intenção e a ilicitude na provocação do sinistro⁵⁹⁸; ou porque não procedia neles a *ratio* da protecção da ordem pública e dos bons costumes⁵⁹⁹.

A nota contrastiva face ao regime actual é, pois, a da permissividade face à cobertura do suicídio. Nesta permissividade, o ordenamento jurídico português não está de todo desacompanhado, podendo dizer-se que ela é uma constante no direito

⁵⁹³ LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 636.

⁵⁹⁴ ADRIANO ANTHERO, *Comentário...* cit., pp. 214-215. O autor acrescenta aos argumentos citados em texto um argumento formal – ao contrário de outros preceitos, o art. 458.º não dizia admitir convenção em contrário – que logo relativiza, por considerar que muitos outros preceitos do Código podiam ser derogados, sem o preverem expressamente.

⁵⁹⁵ ALVARO DA COSTA MACHADO VILLELA, *Seguro...* cit., pp. 207-208; segundo ADRIANO ANTHERO, *Comentário...* cit., pp. 214-215, o suicídio seria um acto cuja proibição pelas leis religiosas, embora não produzisse directamente efeitos jurídicos, não deixava porém de tornar o acto "odioso ao direito"; posteriormente, referindo-se à ordem pública, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., pp. 386-387.

⁵⁹⁶ ALVARO DA COSTA MACHADO VILLELA, *Seguro...* cit., p. 208; seguido por ADRIANO ANTHERO, *Comentário...* cit., pp. 214-215.

⁵⁹⁷ Assim, FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Seguros...*, cit., p. 584, invocando o art. 15.º da VVG suíça.

⁵⁹⁸ LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 636, referindo-se à sinistro consistente na morte.

⁵⁹⁹ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 105. Embora o autor pareça dizer menos do que em texto – diz apenas não ser proibida a cobertura nestes casos –, reporta-se ao art. 1900. do *Codice civile*, que prevê a cobertura (mesmo obrigatória) nestes casos.

comparado mais chegado⁶⁰⁰. O regime do RJCS confere a primazia à autonomia privada e à protecção do(s) beneficiário(s), que seriam, amiúde, economicamente afectados pela morte da pessoa segura, por serem dela economicamente dependentes ou parceiros contratuais. Não priorizou tal protecção, porém, ao ponto de ir além de uma mera permissão de convenção da cobertura do sinistro. A ponderação relativamente à cobertura ou não desse risco fica, deste modo, sobretudo entregue ao segurador, enquanto predisponente do clausulado.

A esta permissividade subjazera, como vimos, a convicção de que as exigências de prevenção do risco moral se encontram atenuadas, dada a gravidade do acto para aquele que o comete – o seu instinto de conservação prevalecerá normalmente sobre a salvaguarda de interesses de terceiros. Porém, situações de desespero económico poderão minar o valor que o sujeito atribui à sua própria vida, prevalecendo o valor do bem-estar que o capital seguro proporcionará a terceiros. É o caso, vg., de um sujeito que, incapaz de fazer face à dívida contraída para aquisição de casa própria, sacrifique a sua vida para accionar a cobertura de um seguro de vida ligado ao crédito, deste modo garantindo habitação à sua família. Situações diferentes destas são aquelas em que o sujeito já deliberou a eliminação

⁶⁰⁰ Cfr., muito similarmente, o art. 93. da LCS, nos termos do qual, salvo pacto em contrário, o suicídio praticado depois de decorrido o primeiro ano após conclusão do contrato é coberto, sendo o suicídio havido como a morte causada consciente e voluntariamente pelo segurado. Na mesma linha, o art. 164. § 1.º, da LA, determina que, salvo convenção em contrário, o seguro não cobre o suicídio do segurado ocorrido antes do decurso de um ano contado da entrada em vigor do contrato; cobre, porém, o suicídio ocorrido depois deste período. A prova do suicídio incumbe ao segurador. Nos termos do § 2.º, salvo no caso de convenção em contrário, o segurador não cobre a morte do segurado quando esta proceda da execução de pena capital (1.º) ou quando a mesma tenha por causa imediata e directa um crime ou delito intencional de que o segurado seja autor e de que tenha podido prever as consequências (2.º). Menos permissivo, o L-132-7, al. 1, do Cod. Ass. determina que o seguro em caso de morte é nulo e de nenhum efeito se o segurado causar voluntariamente a sua morte durante o primeiro ano do contrato. Nos termos da al. 2, o seguro em caso de morte deve já cobrir o risco de suicídio a contar do segundo ano de contrato. Tal gravitação em torno do prazo de um ano não vale já noutras sedes. Assim, os Direitos italiano e brasileiro fincou-se num prazo de dois anos e o alemão num de três. Nos termos do art. 1927. do *Codice*, em caso de suicídio do segurado ocorrido antes que transcorram dois anos contados da estipulação do contrato, o segurador não se encontra obrigado ao pagamento, salvo pacto em contrário. Nos termos do art 798.º do CC brasileiro, parágrafo único, o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso. Mas, nos termos do parágrafo único do artigo, para além, dessa hipótese, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado. Nos termos do § 161, I, da VVG alemã, o segurador não está obrigado à prestação em caso de suicídio doloso cometido dentro dos três anos após a celebração do contrato. Isto não vale se o suicídio for cometido em estado de perturbação patológica da actividade mental que exclua uma determinação livre da vontade. Nos termos do § 161, II, este prazo pode ser aumentado por acordo. Pareceria, pois, que não poderia ser diminuído; porém, o escopo desta última disposição parece antes ser o de estabelecer limites ao carácter relativamente imperativo da disposição, atribuído pelo § 171 – assim, permite-se, em desfavor do tomador, apenas a convenção de um prazo mais alargado, e não a derrogação do restante conteúdo da disposição.

voluntária da sua vida e nesse pressuposto contrata um seguro de vida em caso de morte, de cuja cobertura está certo de vir a aproveitar. Trata-se, aqui, de uma situação não exactamente de risco moral, mas de selecção adversa. Aqui, não é a contratação que altera os incentivos das pessoas seguras: são, sim, aqueles que já planearam a materialização do sinistro morte – como tal, os titulares dos piores riscos – os que têm mais interesse em contratar e para tal se apresentam. É este tipo de situações que as leis enfretam mediante a previsão de períodos de carência, subjazendo aos juízos legais a convicção de que o instinto de auto-preservação dificilmente levará a que a vontade de suicídio persista com toda a intensidade necessária para a comissão durante um período de tempo relativamente longo.

Um regime especialmente gravoso vale, nos termos do art. 192.º, para os casos de *causação dolosa do sinistro*, mera participação ou mesmo tentativa, pelo beneficiário⁶⁰¹. Nestes casos, o beneficiário perde o direito à prestação, que passa, salvo convenção em contrário, a reverter para o beneficiário determinado de acordo com o regime da designação beneficiária (art. 198.º)⁶⁰². Como decorre das considerações que tecemos a propósito da ordem pública, embora o art. 192.º não esteja elencado entre as normas imperativas, não poderá ser outro o valor jurídico do seu primeiro segmento. De resto, perguntar-se-ia pela utilidade de consagrar aquilo que já resultaria abertamente desse mesmo parâmetro da ordem pública; esta poderá ter sido a de clarificar que o sinistro se encontra coberto em caso de homicídio negligente⁶⁰³.

⁶⁰¹ A largueza do *Tatbestand*, abrangendo várias formas de participação e ainda a mera tentativa, vai na linha do que era já sufragado por JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 393. Poderá ainda questionar-se se o conceito de homicídio doloso compreende as hipóteses de homicídio a pedido (art. 134.º do Cód. Penal); perante o estado actual da legislação penal, e a ponderação de bens jurídicos que esta opera, parece que não se poderá deixar de considerar que sim, em cumprimento do comando da ordem pública. O mesmo se deve dizer, parece-nos, face ao incitamento ou ajuda ao suicídio (135.º Cód. Penal).

⁶⁰² O regime é, pois, muito próximo do previsto no art. 92. da LCS, que, no entanto, determina a integração da prestação no património do tomador ("La muerte del asegurado, causada dolosamente por el beneficiario, privará a éste del derecho a la prestación establecida en el contrato, quedando ésta integrada en el patrimonio del tomador").

⁶⁰³ Considerava já excluída esta forma de comissão do crime JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 392. Esta solução afasta-se da que valia em face do art. 458.º, corpo e 1.º, *in fine*, do CCom, que pura e simplesmente exonerava o segurador caso o segurado (pessoa segura) fosse morto pelos herdeiros. Foi uma solução criticada ao tempo da sua vigência, por não ser imposta por razões de ordem e moral pública, nem pela tutela do segurador. Tudo o que as primeiras impunham era que o autor do crime perdesse o seu direito; não havia porque privar dele os beneficiários inocentes ou os herdeiros do segurado. E tal não alterava a probabilidade de sinistro, não prejudicando os cálculos actuariais do segurador (JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O*

O art. 193.º prevê também a perda da prestação pelo beneficiário que provoque dolosamente danos corporais na pessoa segura. Este regime está, porém, para lá da questão que aqui nos ocupa, e que é a da causação dolosa do sinistro. Com efeito, não curamos aqui da causação dolosa da morte da pessoa segura ou sequer de danos corporais derivados dessa tentativa, já que estes encontram enquadramento no art. 192.º. Poder-se-á talvez dizer que este sancionamento dos danos corporais dolosos funciona como uma *guarda avançada na prevenção de tentativas de causação dolosa da morte*. Com efeito, não se exige, à face deste artigo, a condenação nos termos de um mais garantístico processo penal, bastando uma definição cível da posição do agente⁶⁰⁴. Por outro lado, no preceito poderá ser reconhecida uma intencionalidade análoga à das regras que regem a indignidade sucessória⁶⁰⁵.

Os arts. 192.º e 193.º aplicam-se também ao seguro de acidentes pessoais, por força do art. 211.º do RJCS. Assim, também aqui haverá perda do direito do beneficiário em caso de homicídio doloso, consumado ou tentado, de que o beneficiário seja autor ou mero participante, bem como em caso de provocação dolosa de danos corporais. Uma vez que o seguro de acidentes pessoais cobre, para além do risco de morte, o risco de lesão corporal ou de incapacidade da pessoa segura, o sentido do art. 193.º mostra-se menos problemático no seu âmbito, já que a provocação dolosa de danos corporais corresponderá facilmente à lesão corporal ou invalidez por acidente.

Em sede de seguro de acidentes, é a própria noção de risco coberto a deixar para lá dos seus limites a cobertura de lesões dolosamente causadas já que é constitutiva da própria noção de acidente a não voluntariedade da lesão corporal. Questão diversa é a da cobertura de lesões meramente negligentes, cuja cobertura se entende compreendida no âmbito natural do contrato. Chega-se a este resultado quer invocando um argumento formal, *a contrario* face à exclusão da cobertura de factos

contrato... cit., pp. 391-392). Como vemos, o regime vigente amolda-se a esta proposta. Por sua vez, mais próximo do que hoje vale, o 2.º do mesmo artigo determinava que o segurador tão-pouco seria obrigado a pagar a quantia segura se o que reclamava a indemnização fosse autor ou cúmplice de crime de morte da pessoa segura. Face à liberação do segurador nos casos de autoria ou cumplicidade do beneficiário, invoca-se já um princípio de ordem pública (ALVARO DA COSTA MACHADO VILLELA, *Seguro...* cit., p. 210).

⁶⁰⁴ FILIPE DE ALBUQUERQUE MATOS, "Contrato...", cit., pp. 690-691, e ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, "Art. 193.º", cit., p. 559.

⁶⁰⁵ FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, s. ed., Coimbra, 1992, pp. 210-215

intencionais⁶⁰⁶, quer invocando um argumento material de utilidade prática do contrato e tutela das expectativas legítimas do segurado – já que na maioria dos acidentes participa em maior ou menor medida um acto negligente deste⁶⁰⁷.

Já em sede de seguro de saúde valerá, pelo menos à partida, a não cobertura do sinistro dolosamente causado. Veremos abaixo em que termos.

d. Comportamentos que determinam o preenchimento da hipótese normativa. Hipóteses de ponderação de bens.

À partida, pareceria que, estabelecida a produção dolosa do resultado "sinistro", estaria apurado desvalor bastante para excluir a cobertura. Não parece, porém, que seja esta a posição mais acertada neste quadrante. Não se trata aqui de aderirmos a tomadas de posição formuladas em sede de responsabilidade civil, aprovando ou rechaçando a importação de considerações finalísticas para esta sede e tomando, mais latamente, posição quanto ao lugar do desvalor de conduta face ao desvalor de resultado⁶⁰⁸. Tais importações seriam, desde logo, equívocas, já que *aqui nem sempre está em causa a lesão de um bem jurídico enquanto resultado que a ordem jurídica quer à partida evitar – nos seguros por conta própria serão frequentes as hipóteses de atentado contra bens exclusivamente próprios*. O que está antes de mais aqui em causa é a possibilidade de *accionamento de um devedor contratual*, que não deverá ter lugar em moldes que *contrariem a ordenação contratual licitamente estipulada*. Marcadas estas devidas distâncias, não deixa de ser útil a mobilização analógica da dogmática da responsabilidade civil, uma vez que também aqui estará em causa o cotejo de uma actuação humana com

⁶⁰⁶ FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 102...", cit., p. 2646.

⁶⁰⁷ Veja-se quanto dissemos a propósito da nota da involuntariedade no sinistro de acidentes pessoais; cfr. ainda, por exemplo, HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., p. 1681.

⁶⁰⁸ Quanto ao tema, KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderer Teil*, 2 C. H. Beck'sche, Munique, 1994, pp. 364 e ss., na esteira já de KARL LARENZ, "Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht", in *Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, I, Deutsches Privat- und Zivilprozessrecht, Rechtsvergleichung*, ERNST VON CAEMMERER/ARTHUR NIKISCH/KONRAD ZWEIGERT (coord.), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tubinga, 1963, pp. 169-200, *passim* e especialmente pp. 192 e ss.; para uma visão panorâmica actualizada, GERHARD WAGNER, "BGB § 823", *MiKo BGB, V, Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, MATHIAS HABERSACK (coord.), C. H. Beck, Munique, 2013, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 24.05.2015), nm. 7. Na doutrina nacional, o entendimento de Larenz teve grande influência sobre JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...* cit., pp. 300 e ss.; na linha do tradicional entendimento da primeira modalidade de ilicitude em termos objectivos, atinentes à lesão de bens jurídicos, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, I, cit., p. 586.

determinada norma de conduta que lhe associa determinadas consequências. Vejamos.

Quando está em causa *o atentado contra bens de terceiro*, o comando da ordem pública geralmente impedirá desde logo que a cobertura possa licitamente ter lugar – salvo, tratando-se de seguro de responsabilidade civil, mediante previsão do devido direito de regresso (cfr., no seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, o art. 27.º, n.º 1, a) do RSORCA). A questão é, porém, mais delicada quando está em causa *o atentado contra bens próprios*. Mais vincadamente aqui há que *abrir espaço para fazer entrar as valorações contratuais*, já que há condutas consubstanciadoras de perigos de produção do resultado "sinistro" que o contrato *não só licitamente ainda acolhe*, como, mais ainda, *deve acolher* para que cabalmente se desincumba da sua missão.

Na generalidade das hipóteses de *causação directa, voluntária e consciente do sinistro*, em que a conduta do segurado se poderá dizer pautada *por dolo directo*, preenche-se a fattispecie do art. 46.º, *não se encontrando o segurador obrigado à cobertura*. É nestas hipóteses que, para além dos problemas de violação do parâmetro da ordem pública ou dos bons costumes que se possam colocar, o risco moral decisivamente assomaria, pondo em xeque o equilíbrio contratual. Mesmo aqui devem, porém, ser autonomizadas, em atenção ao sentido e finalidade do contrato, as situações em que tal *cobertura de um sinistro directamente causado por uma conduta dolosa não deixa de ocorrer*.

Trata-se, desde logo, das hipóteses em que *não há atentado contra qualquer bem jurídico* – é o caso dos seguros relativos a eventos desejados, como o seguro de natalidade ou de nupcialidade, bem como, nos seguros de despesas, das coberturas de índole preventiva, que não venham responder a qualquer dano efectivado (vg., no caso do recurso a consultas de rotina incluídas no seguro de saúde, ou a aconselhamento jurídico preventivo no seguro de assistência jurídica). E trata-se ainda das hipóteses em que, *mesmo havendo um atentado imediato e doloso contra bens jurídicos, os dados legais permitem concluir inequivocamente pela sua licitude, e o segurador acede em proceder à sua cobertura*. É o caso da cobertura do suicídio, ou, da responsabilidade civil dolosa, desde que contra direito de regresso, face à matriz do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, que referimos acima, e que impõe mesmo a cobertura nesses termos (art. 27.º, n.º 1,

a) do RSORCA).

O accionamento da *fattispecie* do art. 46.º mostra-se, de resto, problemático nos casos quer de *causação meramente mediata do sinistro, quer por omissão*. Parece-nos importante convocar, para estes efeitos, a evolução que o tratamento destas questões tem conhecido no sistema alemão; apesar de, aí, ao contrário do que acontece na nossa ordem jurídica, relevar também a causação grosseiramente negligente, veremos que é defensável trazer estas considerações para um momento sistemático prévio ao do juízo de culpa.

Com efeito, é hoje dado assente na doutrina e jurisprudência alemãs que, para o regime em causa, relevam tanto a causação do sinistro por acção, como por omissão. Uma vez que a identificação de uma omissão relevante exige o recorte de um dever de actuar para evitar o resultado, o relevo da conduta omissiva foi inicialmente rejeitado pelos autores que recusavam poder aqui falar-se de um dever ou *Obliegenheit* de causação do sinistro – bem como pela generalidade da jurisprudência⁶⁰⁹. Dificuldades similares levavam à rejeição do relevo da causação mediata do sinistro: relevante era a *produção imediata* do resultado danoso (sinistro) – até mesmo porque a mera criação de um estado duradouro de perigo agravado concitaria a aplicação do regime do agravamento do risco⁶¹⁰ – *através de uma actuação positiva*.

A prática acabaria, porém, por requerer que se desse também relevo não só aos casos de *causação por omissão*, como aos casos de *causação mediata do sinistro* – definindo-se estes últimos pela criação de um estado de perigo agravado que só depois se concretiza em sinistro⁶¹¹. Há, aliás, constelações contratuais, como a do seguro contra furto ou roubo, em que são essas as formas relevantes de causação do sinistro.

⁶⁰⁹ Diferentemente, a afirmação do relevo da conduta omissiva era clara para quem militava pela compreensão do regime como impondo um dever – cfr. ERICH PRÖLSS, *Versicherungsvertragsgesetz*, cit., p. 109.

⁶¹⁰ Admitindo o relevo da causação omissiva, mas recusando, por este último motivo, o regime da causação mediata, cfr. HANS MÖLLER, *Versicherungsvertragsrecht*, cit., p. 161.

⁶¹¹ Foi fundador na aceitação do relevo da causação por omissão o ac. do BGH de 14.04.1976, IV ZR 29/74, considerando que o segurado que, apesar do risco iminente para os seus bens, não adopta as medidas que lhe são possíveis, adequadas e exigíveis, preenche os pressupostos do regime da causação do sinistro. Estava em causa um risco de inundação, não tendo a segurada adoptado qualquer medida de salvaguarda dos seus bens apesar de a inundação, devida a chuvas intensas, ter demorado três dias a atingir o seu ponto mais elevado. Vem directamente deste aresto a formulação dos três primeiros critérios de que diremos em texto. Cfr. HORST BAUMANN, "§ 81", cit., p. 267.

Para estes efeitos, a jurisprudência alemã tem procedido ao recorte de um *Tatbestand* de identificação das condutas relevantes, com o qual deverá ser comparado o comportamento do segurado para que este possa sequer relevar. Em primeiro lugar, deve haver um *perigo iminente* para o interesse seguro – *hoc sensu*, um *perigo concreto*, não bastando uma possibilidade abstracta de dano⁶¹². Em segundo lugar, requer-se que tenha havido a *possibilidade de evitar o sinistro* – uma possibilidade não meramente fáctica, mas normativa, em termos de exigibilidade ("sollen")⁶¹³. Em terceiro lugar, requer-se o *conhecimento efectivo das circunstâncias do risco*. Para estes efeitos, é necessário e suficiente o *conhecimento de circunstâncias das quais resulte que a ocorrência do sinistro deslizou para o patamar das possibilidades a ter, na prática, imediatamente em consideração*. Este *conhecimento efectivo* é tido logo como elemento do próprio *Tatbestand* da causação culposa por omissão⁶¹⁴ – não havendo uma *Obliegenheit* geral de prevenção do sinistro, não pode ganhar relevo uma exigência de conduta dirigida ao segurado sem o seu conhecimento efectivo das circunstâncias relevantes para que ela surja, sob pena de limitação desadequada da cobertura⁶¹⁵. Tal é relevante especialmente face aos casos de desconhecimento culposo de tais circunstâncias, não decorrendo deste, assim, a afectação do direito do segurado. Em quarto e último lugar, há que densificar o conteúdo de tal exigência de conduta. A jurisprudência ulterior, assentando em que a ponderação entre os interesses dos segurados e do segurador apenas pode ser resolvida por um critério fundado no contrato, faz recorrentemente uso do critério de saber *se o comportamento do segurado ficou*

⁶¹² Se o carácter iminente do perigo foi referido na jurisprudência inaugural, dado o circunstancialismo de fenómeno catastrófico natural em causa, tal não é já referido em jurisprudência posterior, vg., quando está em causa a criação de um risco acrescido de roubo ou furto – cfr. a omissão de tal referência no ac. do BGH de 14.07.1986, IVa ZR 22/85, p. 963 (ponto III. 1), em que estava em causa o roubo do conteúdo da mala do carro, quando o segurado tinha deixado a respectiva chave no porta-luvas; trata-se, sim, em linha com o terceiro pressuposto, da concretude do risco.

⁶¹³ Segundo a formulação jurisprudencial, o sujeito deve *controlar o processo causal de tal modo que lhe fosse possível evitar o sinistro* (nm. 13). Lembre-se, porém, que para estes efeitos basta que o sujeito logre pôr a salvo os seus bens, não sendo necessário que consiga suster o fenómeno de risco que os ameaçaria (como, neste aresto, era o caso, face às cheias provocadas por chuvas torrenciais).

⁶¹⁴ Assim, ROLAND MICHAEL BECKMANN, "VVG § 61 Herbeiführung des Versicherungsfalles", in *BK*, HEINRICH HONSELL (coord.), Springer, Berlim/Heidelberg/Nova Iorque, 1999, pp. 991-1040, p. 1004; HORST BAUMANN, "§ 81", cit., p. 263; dubitativo, JÜRGEN PRÖLSS, "§ 61 Herbeiführung des Versicherungsfalles", in *Prölss/Martin Kommentar*, ULRICH KNAPPMANN/JÜRGEN PRÖLSS/HELMUT KOLLHOSSER/WOLFGANG VOIT (coord.), C. H. Beck'sche, Munique, 1998, pp. 508-520, p. 511.

⁶¹⁵ Ac. do BGH de 14.04.1976, IV ZR 29/74, nm. 14, louvando-se em jurisprudência anterior; cfr. DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 38.

*significativamente abaixo do standard de segurança previsto pelo contrato*⁶¹⁶. Este standard é, em termos gerais, concretizado pelo *critério da actuação como se não estivesse segurado, devidamente adaptado de acordo com o escopo de cada contrato*, de modo a que, *para não perder a cobertura, o tomador não tenha que limitar a sua liberdade de actuação de um modo tal que a cobertura perca o seu valor*. Note-se que, em algumas hipóteses, a violação de tal standard de segurança requer que o estado de coisas potenciador do risco se mantenha durante certo período de tempo – pense-se na ausência de casa deixando uma janela aberta, que apenas aumenta relevantemente o risco de furto se assim permanecer durante certo período de tempo⁶¹⁷.

Ora, a construção destes pressupostos de relevância equivale à *consideração de uma norma de conduta*, que deverá ser transgredida pelo comportamento do segurado para que este accione as consequências do regime da causação voluntária do sinistro. Se tal se insinuou na jurisprudência por via da causação por omissão e da causação mediata do sinistro, esse facto veio colocar, a uma doutrina que actualmente rejeita praticamente em bloco a existência sequer de um ónus de não causação do sinistro, a questão da determinação do conteúdo deste regime. Trata-se de saber se, em geral, independentemente da causação culposa de um resultado, há aqui uma exigência de conduta violada⁶¹⁸. Conquanto outra doutrina mostre mais reservas⁶¹⁹, LOOSCHELDERS entende que as exigências dirigidas ao tomador em face

⁶¹⁶ Cfr. Ac. do BGH de 21.02.1996, IV ZR 321/94, que descreveremos abaixo; ou, do mesmo ano, o ac. do BGH de 18.12.1996, IV ZR 259/95 (considera-se que, num seguro contra furto ou roubo, não está significativamente abaixo do standard de segurança contratual a conduta do segurado que adormece em frente ao televisor deixando aberta uma janela, quando esta dava acesso a um pátio vedado). Na doutrina, WOLFGANG RÖMER, "Der Kraftfahrzeugdiebstahl als Versicherungsfall Voraussetzungen und Beweis eines Anspruchs aus der Kaskoversicherung", *NJW*, 1996, pp. 2329-2335, pp. 2334-2335, considerando porém que aqui se debate o elemento objectivo da negligência (grosseira); similarmente, JÜRGEN PRÖLSS, "§ 61 Herbeiführung des Versicherungsfalles", cit., pp. 511-512, negando que releve aqui qualquer contradição entre o comportamento do segurado e a lei ou o contrato; seria bastante a actuação negligente que em si causasse o sinistro.

⁶¹⁷ DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 48-49; WOLFGANG RÖMER, "Der Kraftfahrzeugdiebstahl...", cit., p. 2335 (enquadrando porém a questão em sede de determinação do elemento objectivo da negligência), considerando que o facto de se deixar o carro estacionado e sem vigilância durante um período considerável de tempo não significa logo um desvio face ao standard de segurança exigível, apenas adquirindo tal relevo quando se estabeleça (quando o segurador o prove) que o veículo não foi subtraído logo após um curto espaço de tempo.

⁶¹⁸ Sobre o tema, por todos, DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 10-11; já assim DIRK LOOSCHELDERS, "Schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalles nach der VVG-Reform", *VersR*, 1, 2008, pp. 1-7, p. 4.

⁶¹⁹ Assim, HORST BAUMANN, "§ 81", cit., p. 268, com mais reservas, mas sem deixar de poder ter em conta a jurisprudência que se reporta, logo no plano do relevo objectivo da conduta, à violação de um standard de segurança, considera que aqui, tal como face ao § 254, é possível tomar em consideração aspectos atinentes ao escopo de protecção da norma e deixar que haja emanação dos *standards* de

deste regime não são, na verdade, de resultado, mas sim de conduta, embora tal relevância da violação de uma norma de conduta seja apenas mais aparente nos casos de causação mediata⁶²⁰. Tal podia ser ilustrado com a casuística que rejeitou a causação grosseiramente negligente do sinistro de furto face ao estacionamento de um automóvel valioso numa rua principal, iluminada e frequentada, de uma grande cidade europeia (Milão, no caso)⁶²¹. O autor insiste em que não se trata aqui de uma mera *negação das componentes subjectivas da negligência* – a previsibilidade e inevitabilidade do furto *poderiam mesmo ser afirmadas face a tal conduta*. A *rejeição da causação voluntária do sinistro coloca-se no patamar prévio da rejeição de que o contrato de seguro impusesse uma norma de conduta contrária* – ou seja, o juízo era atinente ao facto de o contrato exigir ou não do sujeito que deixasse o seu carro fora de uma garagem ou de um estacionamento vigiado, quando a protecção seguradora lhe devia ser garantida. Esta norma de *conduta violada pode, é certo, nos casos de causação do sinistro por acção, ser tida apenas como a vertente objectiva da negligência*; porém, *à face da comissão por omissão, coloca-se necessariamente num patamar prévio*. Ora, por razões de coerência sistemática, devia a norma de conduta ser tida como atinente a um juízo de preenchimento do Tatbestand objectivo, prévio ao da culpa, face aos casos de comissão por acção ou por omissão.

O autor supera sem grandes dificuldades a crítica de que tal equivaleria a impor um dever de prevenção do sinistro, com consequências indemnizatórias e de convocação do regime da responsabilidade pela actuação dos auxiliares no cumprimento⁶²². O autor considera que estas alegações não tinham mais fundamento numa era doutrinal que conhecia já a figura das *Obliegenheiten*, não exigíveis judicialmente; e considera também que estas figuras tinham patentado que era possível aceitar a existência de uma norma de conduta sem que tal

segurança para avaliar a conduta em causa; porém, quando tais *standards* não puderem ser retirados do contrato ou não o puderem ser de modo conclusivo, não deve tal impedir a afirmação da contrariedade objectiva da conduta face à norma, com a aplicação das respectivas consequências.

⁶²⁰ DIRK LOOSCHELDERS, "Schuldhaft...", cit., p. 3; DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 10-11 e 13-14.

⁶²¹ Ac. do BGH de 21.02.1996, IV ZR 321/94, onde se conclui que não se reúnem nesse caso os pressupostos objectivos da negligência grosseira, já que *não se ficou sensivelmente aquém do standard de segurança previsto pelo contrato*, tendo-se em consideração que a cobertura havia sido convencionada também para a Itália e o carro sido deixado trancado e com o alarme accionado (menos relevante neste sentido, o ac. do BGH de 18.12.1996, IV ZR 259/95 parece tecer juízos próprios da avaliação da negligência).

⁶²² DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 12-13.

implicasse a aplicação do regime do § 278 do BGB. O autor supera também a crítica que MARTIN havia considerado invencível – aceitando como mal menor a entorse sistemática de um "dever sem culpa" face a uma "culpa sem dever" – de que tal equivaleria a ver em todos os sinistros a violação de um dever de prevenção, mesmo perante hipóteses de inevitabilidade⁶²³. LOOSCHELDERS afirma simplesmente que, sendo cumprido o standard de diligência exigido, pura e simplesmente não havia preenchimento do Tatbestand do § 81.

Vejamos se nos podem ser úteis estes critérios de densificação de uma norma de conduta, que permita imputar à actuação do segurado o resultado "sinistro", quando este não resulte directamente da sua acção, mas dela *apenas mediatamente, ou da sua omissão*. Para o que aqui releva, estaremos frequentemente perante *hipóteses de dolo meramente eventual*⁶²⁴; apenas essas teremos em mente, deixando para o final a contemplação das hipóteses de dolo directo. Como melhor veremos, o segurado actuará com dolo eventual face à produção do sinistro quando, *representando e tomando a sério o risco da sua produção, não obstante se decida pela actuação que a ela conduz*. Lembre-se que, nestas constelações, estando em causa o atentado contra bens próprios, a possibilidade de causação do sinistro *imbrica-se com outras decisões atinentes à gestão e decisão da vida quotidiana e pessoal do segurado*: o estacionamento de um automóvel ou o porte de um computador portátil em certas zonas urbanas não se faz sem representação de um risco considerável de furto ou roubo; como a manutenção de um hábito de grande consumo tabágico ou de grande desequilíbrio alimentar poderá não se fazer, de acordo com os conhecimentos de que o segurado disponha na matéria⁶²⁵, sem representação de um risco considerável de doença. É para estas hipóteses que *há que delimitar o que se reconduz ainda ao risco coberto pelo contrato*. Não se pode perder de vista o *telos* desta imputação: o que se pretende é saber *se o juízo de contrariedade ao contrato que funda a não cobertura se basta com a produção dolosa do resultado, ou se urge ulteriormente que haja transgressão de um limiar*

⁶²³ DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 11.

⁶²⁴ Veja-se quanto diremos abaixo, na parte IV.2 B.b.dd), sobre a (metodologicamente adequada) contaminação da avaliação do dolo por juízos probabilísticos.

⁶²⁵ Basta aqui, de acordo com as possibilidades da representação paralela na esfera do leigo, a configuração da doença nos seus traços gerais, não se impondo uma representação em todas as suas facetas – STEPHAN HÜTT, § 201, cit., nm. 28.

do risco que se deve entender ainda como seguro⁶²⁶.

Ora, tal aferição mostra-se imprescindível face ao relevo da *produção do sinistro por omissão dolosa*. Com analogia relativamente à regra, que se conhece da responsabilidade civil e penal⁶²⁷, segundo a qual a inacção apenas adquire relevo jurídico quando havia o dever de agir⁶²⁸, também aqui se terá de afirmar que a omissão deliberada de dada medida com potencial eficácia preventiva do sinistro só releva para estes efeitos se a adopção de tal medida corresponder a uma exigência de conduta. Não se trata, porém, aqui, de preservar a liberdade geral de acção do sujeito, dando prevalência a tal liberdade na sua ponderação com as necessidades de protecção de bens jurídicos, como é o caso em sede de responsabilidade civil. Se,

⁶²⁶ Trata-se de uma clarificação paralela à feita em KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, *Lehrbuch...* cit., p. 365 (já antes KARL LARENZ, "Rechtswidrigkeit...", cit., pp. 176 e 193 e ss.), face à prolação de um juízo de ilicitude face a uma conduta. Os autores salientam que, mesmo quando se considere que se está perante um ilícito de resultado, se trata de formular um juízo sobre uma actuação e não sobre um resultado objectivo; simplesmente, *este resultado é fundamento da predicação do acto como ilícito*. Com isto se afasta duas críticas improcedentes. Uma, no sentido de que as normas jurídicas só seriam aptas a qualificar condutas humanas, e não estados objectivos (o que cremos que rebate uma crítica como a tecida por MANFRED LÖWISCH, "BGB § 276 Verantwortlichkeit des Schuldners", in *Staudinger BGB, II, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-314*, MANFRED LÖWISCH (coord.), Sellier – de Gruyter, Berlim, 2001, pp. 285-321, p. 293, segundo a qual apenas a conduta do lesante podia ser fundamento de um juízo de ilicitude que por sua vez pudesse ser a base de um juízo de culpa). Outra, no sentido de que, sendo as normas jurídicas imperativos, ou seja, exteriorizações da vontade do legislador que exigem determinado comportamento dos membros da comunidade jurídica, apenas se poderiam dirigir à vontade de actuação dos sujeitos. Além da crítica que em geral merece a teoria dos imperativos salienta-se que a norma jurídica é compreendida não só como *Bestimmungsnorm*, mas também como *Bewertungsnorm*, através da qual se gradua o efeito da conduta, bem como o modo da sua produção, como mais ou menos contrários ao Direito (quanto a esta dicotomia, HANS-HEINRICH JESCHECK, "Vor § 13", in *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, I, Einleitung, §§ 1 bis 31*, HANS-HEINRICH JESCHECK/WOLFGANG RUB/GÜNTHER WILLMS (coord.), Walter de Gruyter, Berlim/Nova Iorque, 1985, pp. 17-18).

⁶²⁷ Cfr. o art. 486.º do CC e, na doutrina, JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...* cit., pp. 307 e ss., e PEDRO PITTA E CUNHA NUNES DE CARVALHO, *Omissão e dever de agir em Direito civil*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 165 e ss.; cfr., por outro lado, o art. 10.º, n.º 2, do CPen e, na doutrina, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal...I*, cit., pp. 913 e ss.

⁶²⁸ Já FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, "O nexa de causalidade na responsabilidade civil", *BFUDC, Suplemento IX*, 1951, pp. 65-242, pp. 129-130, afirmava que a polémica sobre a especificidade da omissão caiu pela base quando se estabeleceu que a omissão relevante para o Direito era só a que relevava da violação de um dever de agir. Estava, pois, a par com a comissão por acção, enquanto violação de um dever de abstenção. Ambos retratavam casos de violação de deveres, ambos merecendo um juízo de causalidade similar. Na doutrina mais recente, aponte-se que PEDRO PITTA E CUNHA NUNES DE CARVALHO, *Omissão...*, cit., *maxime* pp. 32 e ss., 64 e 128-130 pretende dar à omissão um relevo desde logo no plano social, de modo alinhado com a importância que dá ao conceito de comportamento enquanto conduta com implicações sociais, definindo assim omissão *como abstenção voluntária de uma acção socialmente esperada*. Para o autor, não se trata de um dado puramente normativo, mas de um *quid* com relevância física, patente numa abstenção de movimento, num evento dela resultante e perceptível no mundo exterior (sendo já jurídico este nexa causal) e na voluntariedade da omissão, assente numa decisão. Não vemos qual o sentido da construção deste plano, amplamente questionável do ponto de vista fenomenológico e, mesmo nos quadros do pensamento do autor, não produtivo de consequências jurídicas autónomas (cfr. pp. 135-137 da mesma obra).

também aqui, se trata de limitar os comportamentos que podem trazer consequências desfavoráveis ao sujeito, concretizando-os numa parte especificada do género a que pertencem⁶²⁹, tal é devido por argumentos directamente ligados ao sentido do contrato de seguro: é que a cobertura *não pode depender de o sujeito adoptar todas as condutas activas necessárias ou sequer adequadas a prevenir a ocorrência do sinistro: o sujeito não está sob qualquer ónus de prevenção activa do sinistro, apenas surgindo um ónus de mitigação activa quando o sinistro já se materializou*. O contrário levaria a um *esvaziamento total do contrato*, convertendo o *segurado, a final, em garante de um comportamento estatisticamente atípico do risco, pela constante contenção activa deste*⁶³⁰.

Ora, a produção dolosa do sinistro *por omissão* não é de todo irrelevante nas hipóteses de que aqui curamos – vimos, pela experiência casuística alemã, que este é o modo típico de produção grosseiramente negligente do sinistro nos casos de seguro contra furtos, ou mesmo da sua produção com dolo eventual; e é também um modo particularmente relevante de produção dolosa de danos na própria saúde. Há, pois, que saber em que condições vale uma exigência de prevenção do resultado "sinistro", para saber quando há imputação da respectiva causação dolosa por omissão. E é por mais do que por mera simetria sistemática, ou pela necessidade de afrontar as fronteiras nem sempre nítidas entre comissão por acção e comissão por omissão⁶³¹, que *tal juízo se mostra adequado mesmo nas hipóteses de produção*

⁶²⁹ Veja-se, com muito interesse, sobre esta questão, as considerações de PEDRO MÚRIAS, *Por uma distribuição...* cit., pp. 140-142, invocando o trabalho de Sousa e Brito. Com o subsídio da lógica, o autor recorda que *a negação é o complementar do negado no género que ambos perfazem*. Isto releva em relação à prova de factos negativos: na verdade, não há um problema de prova de factos negativos, mas sim de prova de partes muito extensas do género. É o autor a extrapolar o raciocínio para a matéria do dever de agir e de omitir: também há aqui uma diferença de grau. "O dever de agir implica uma grande limitação da liberdade do sujeito, pois, em certo momento, a generalidade dos comportamentos será ilícita e só um, correspondente à actuação, será lícito, enquanto que o "dever de omitir" (a proibição) restringe muito pouco a liberdade, visto que, naquele momento, a generalidade dos comportamentos é lícita e só um será ilícito".

⁶³⁰ Tal seria tanto mais intolerável quanto nem sequer existe, à face do nosso ordenamento, qualquer ónus geral de não agravamento do risco.

⁶³¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal...I*, cit., pp. 208 e ss., sobre as dificuldades de qualificação – em crimes de acção ou de omissão – dos crimes ambivalentes, de dupla relevância ou de duplo significado, que são crimes de resultado em que à partida tanto é relevante uma acção, como uma omissão. São casos em que havia um dever de comportamento imposto para evitar um resultado típico, sendo que o agente omite tal comportamento, levando a cabo um comportamento diferente do devido, com o que produz o resultado típico. A um nível de maior abstracção, cfr. novamente PEDRO MÚRIAS, *Por uma distribuição...* cit., pp. 140-142, salientando tratar-se de uma questão de grau: se, face a determinado dever de conduta, houver sensivelmente a mesma quantidade de possíveis lícitos e de comportamentos possíveis ilícitos, não se poderá dizer que se trata de um dever de acção ou de omissão.

*dolosa do sinistro por acção, quando o nexa causal seja apenas mediato*⁶³². Há que ter em conta que *há perigos – mesmo sérios – de produção do sinistro que a cobertura não só pode, como, à luz da interpretação teleológica do contrato, deve mesmo ter acolhido*⁶³³. Os exemplos abundam em sede de seguro contra furto ou roubo, em que, por exemplo, a frequência ou o estacionamento do veículo em certas zonas não se fazem sem uma necessária representação da elevada probabilidade de sofrer nelas furto ou roubo. Poderá, assim, resultar do contrato que *o sinistro a cuja ocorrência o sujeito assim se expõe por sua acção e com cuja possibilidade se conforma se encontra coberto*. Pense-se no exemplo do sujeito que reside – tal como cabalmente declarou ao segurador – numa zona de consumo de estupefacientes e elevada incidência de furtos e roubos: salva exclusão expressa do risco de sinistro nesse perímetro, não haverá porque o considerar excluído. Ou, face a um seguro de saúde, no exemplo do segurado que, com a profissão de médico, ou enfermeiro, de especialidade hospitalar, e um problema de imunodepressão ou mesmo imunodeficiência, não deixe de se apresentar diariamente no seu local de trabalho. Salva exclusão expressa da cobertura do risco de doença adquirida nesse ambiente nesse perímetro, não haverá porque o considerar excluído.

Parece-nos aqui útil mobilizar o critério desenvolvido pela jurisprudência alemã para ambas as hipóteses, que não perde relevo por ser concebido para abarcar também as hipóteses de comissão do sinistro por negligência grosseira. Como temos vindo a ver, nesta fase que antecede a ocorrência do sinistro, não se pode exigir um alinhamento constante da conduta do segurado com a conduta mais eficaz na prevenção do sinistro; nem sequer se lhe pode exigir que não potencie, mesmo com seriedade, a sua produção. *Não porque o segurado actue aqui ao abrigo da sua liberdade geral de acção – obviamente que o faz –, mas porque o contrato de seguro tem que acomodar, ao menos em certa medida, essa criação de perigos*

⁶³² Assim, face à responsabilidade civil geral, a concepção actualmente dominante na esfera alemã é a que defende que, nos casos de causação mediata ou omissiva *de um dano*, há a necessidade de fundar a relevância normativa da produção do resultado na violação de uma norma de conduta. Nestes casos, há que deixar indiciado que o resultado danoso decorreu de um *risco não permitido* causado pela conduta do agente – não permissão essa que está já suficientemente indiciada na causação do resultado nas hipóteses de menor complexidade causal em que a conduta o produz imediatamente. Cfr. GERHARD WAGNER, § 823, cit., nm. 7; GERALD SPINDLER, "BGB § 823", *Beck'scher Online-Kommentar*, HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH (coord.), Beck, Munique, 2013, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 08.08.2013), nm. 10.

⁶³³ Não pode deixar de se assinalar que a interpretação negocial vem votada à disquisição de uma vontade normativa, consonante com o sentido jurídico do contrato (ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de...* cit., pp. 342-344).

acrescidos de ocorrência de sinistros, sob pena de perder o seu conteúdo útil e propósito. Assim, a materialização do sinistro na esfera do segurado deve ter-se tornado (i) uma possibilidade concreta e (ii) representada pelo segurado e deve (iii) ser por este evitável. Não obstante, o segurado poderá ter ainda cobertura quando (iv) *o risco a que este conscientemente se expõe não transcenda relevantemente aquele a que autoriza o standard de segurança pressuposto pelo contrato*, tendo em consideração o cuidado exigível face aos seus próprios interesses, bem como as possibilidades de actuação ampliadas que a cobertura tenha pretendido garantir⁶³⁴. Trata-se de saber, *uma vez estabelecida a causalidade adequada entre a conduta do segurado e o sinistro*, quando se pode dizer que tal *conduta criou um risco não permitido de causação do sinistro, à luz da interpretação teleológica do contrato e do limiar de cuidado que este pressupõe*⁶³⁵ -⁶³⁶. Quanto mais complexo for o processo causal, mais relevo ganha a liberdade de actuação do segurado sem a consequência da perda de cobertura e mais necessária se torna a fundamentação – e, se se trata de uma fundamentação feita em primeira linha à luz do contrato, não se deve perder de vista que esta *instancia o escopo do regime da causação dolosa do sinistro, atinente à protecção da ordem pública e do equilíbrio do contrato, mas também das expectativas legítimas de cobertura.*

Note-se que o facto de a conduta do segurado *criar um risco sério de produção do sinistro, que o segurado represente e com o qual se conforme*, determina, do mesmo passo, que se esteja perante uma conduta pautada por *dolo*,

⁶³⁴ É aproximadamente a síntese colhida em HORST BAUMANN, "§ 81", cit., p. 263: causa o sinistro aquele que controle o acontecimento causante de tal modo, que se possa dizer que permitiu o desenvolvimento e a produção do risco, apesar de dispor dos meios adequados para proteger o interesse seguro e, de acordo com o cuidado exigível dos seus próprios interesses, pudesse e devesse fazer uso de tais meios, actuando tal como um sujeito não segurado.

⁶³⁵ Tem muito interesse a este propósito o ac. do STJ de 29 de Março, processo n.º 349/10TVLSB.L1.S1, que, segundo nos parece, procedeu exactamente à interpretação teleológica do contrato em causa, para determinação do standard de segurança pressuposto pelo contrato. Estava em causa um seguro de crédito, com previsão de uma norma que exonerava o segurador caso o segurado viesse alargar os prazos para cumprimento concedidos ao devedor. Face ao *reescalonamento da dívida* a que o segurado-credor no caso procedeu, o tribunal considerou, porém, que esta se devia considerar como uma tentativa legítima de viabilizar a recuperação do montante em dívida e, como tal, como uma conduta mitigatória do risco que não deveria accionar a perda da prestação. Parece-nos não ser isto mais do que a conclusão no sentido de que o segurado actua ainda dentro do limiar do risco transferido.

⁶³⁶ Mantendo, porém, o diálogo com a teoria produzida em geral sobre a actuação dolosa, salientamos, com GERHARD WAGNER, § 823, cit., nm. 24, e doutrina aí citada, que mesmo em sede de crimes dolosos há que apurar se a conduta cria ou não um risco não permitido – de outro modo, poderia ser responsabilizável fabricante de armas a título de dolo eventual.

pele menos eventual, dadas as suas atinências probabilísticas⁶³⁷. Por sua vez, quando o sinistro seja consequência imediata da conduta voluntária e consciente do agente, *inserindo-se ainda nos quadros da actuação e formando com esta um todo indissociável*, será o próprio dolo directo a ficar indiciado⁶³⁸. A referência a estas hipóteses de dolo agravado permite-nos fazer uma ulterior precisão, no sentido de salientar que o sistema dos pressupostos do art. 46.º não deixa, porém, de conhecer uma certa mobilidade. Assim, admite-se que uma eventual particular censurabilidade da actuação do segurado retroaja sobre o juízo de contrariedade ao contrato que aqui explorámos⁶³⁹: se o sujeito age *com dolo e o propósito de obter uma vantagem*, o princípio da boa fé sempre exigiria que se retirasse tal resultado da cobertura (pense-se na hipótese em que o sujeito sai de casa e deixa mesmo a porta no trinco, depois de notar a presença de assaltantes no prédio). O mesmo vale em geral nas hipóteses de dolo directo⁶⁴⁰, – que, quando o sujeito tenha conhecimento da cobertura, deixa mesmo indiciada aquela forma de dolo agravada. Questão diversa é a de, a final, por considerações de ponderação de bens jurídicos, se voltar a afirmar a inclusão da hipótese na cobertura. Vê-la-emos de seguida.

Recapitulando, identificámos, para além dos casos em que o contrato não pode deixar de cobrir *especificamente a causação dolosa do sinistro*, independentemente da sua forma, ou dos casos em que opta licitamente por fazê-lo, identificámos casos em que tal cobertura, não especificamente prevista no contrato, acabará por ter lugar uma vez que *a conduta em causa não transgrida um limiar de*

⁶³⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal...I*, cit., pp. 373-374.

⁶³⁸ Apesar da maioritária convocação da diferença entre causação mediata e imediata, é certo que não lograram ainda impor-se critérios dominantes para fazer a demarcação rigorosa entre uma e outra GERHARD WAGNER, § 823, cit., nm. 7 e 22. O critério referido em texto, de cunho pictórico, mas normativamente pouco denso, recolhe ainda os traços gerais da formulação surgida já em KARL LARENZ, "Rechtswidrigkeit...", cit., p. 193; entre nós, refere-o JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...* cit., pp. 305-307 (para uma nova formulação, que não nos parece porém isenta de dúvidas, e que não tem substituído, de resto, a referência à formulação originária – além de Wagner, cfr. GERALD SPINDLER, § 823, cit., nm. 10 –, veja-se KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, *Lehrbuch...* cit., pp. 366-367). Tal dificuldade em colocar os marcos exactos para a separação é assumida pela doutrina alemã, não sendo porém o "Wertungsspielraum" que assim se abre visto como problemático (GERALD SPINDLER, § 823, cit., nm. 10).

⁶³⁹ Em sede paralela, é em várias sedes afirmada a interacção entre a intensidade do juízo de censura e o nexo de imputação – inclusivamente, causal. Assim, na doutrina nacional, para o juízo de ilicitude face à violação de bens jurídicos, JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...* cit., pp. 305-307, afastando tal incidência do juízo de censura agravado sobre o de causalidade, implicando a afirmação deste último mesmo face a efeitos afastados da actuação; mais recentemente, ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA, *Do nexo...II*, cit., p. 860.

⁶⁴⁰ Como veremos à frente, a categoria do dolo necessário, que levanta já dúvidas em sede geral, é de difícil transposição para esta sede.

segurança decorrente do contrato, pertencendo os seus resultados ainda ao risco transferido. Tal apenas poderá geralmente estar em causa quando a causação dolosa não ponha em xeque bens de terceiro – de outro modo, o parâmetro da ordem pública vedará desde logo a cobertura –, ou quando não se trate de dolo directo – além da ordem pública, o critério da boa fé obstaculizará este resultado. Trata-se, em qualquer caso, de *emitir um juízo sobre actuações do segurado*, face ao sentido do contrato; porém, o dolo é aqui, em qualquer caso, referido à produção do sinistro – é sempre da causação dolosa do sinistro que se trata –, e não à transgressão do limiar de segurança extirpado do contrato⁶⁴¹.

A pressuposição de um parâmetro por referência ao qual se afere logo da relevância da conduta do segurado para preenchimento do *Tatbestand* objectivo da norma mostra a sua relevância também para o *enquadramento de hipóteses de ponderação de bens jurídicos, que seriam constelações de intervenção de causas de justificação*⁶⁴². Trata-se aqui dos casos de destruição ou perda de um bem próprio ao qual respeite o seguro para salvaguarda de um outro bem próprio não segurado com valor superior – assim, quando o segurado destrói a coisa segurada para proteger a sua integridade física do ataque de um cão; ou quando entrega os objectos aos quais se refere o seguro contra roubo aos perpetradores. Trata-se *ainda dos casos em que o segurado sacrifica bens seus a que respeita o seguro para salvaguarda de bens jurídicos de terceiro de valor superior* – vg., quando sacrifica a sua integridade física para tentar salvar a vida de terceiro. Em qualquer um destes casos, ocorre um sacrifício de bens jurídicos próprios, que equivale à causação de um sinistro. No entanto, a interpretação teleológica do contrato levará, nos casos descritos, a afirmar a sua cobertura.

⁶⁴¹ Prossegue, pois, aqui a analogia com a primeira modalidade de ilicitude.

⁶⁴² Movendo-se nos quadros da mobilização analógica das normas sobre causas de justificação, HORST BAUMANN, "§ 81", cit., pp. 269-270, considera, no tocante à hipótese da vítima de um roubo que entrega os bens aos assaltantes para conservar a sua integridade física e vida, que se deve partir do fim contratual do específico contrato de seguro, o que conduziria à convocação do consentimento, enquanto causa de exclusão da relevância objectiva da conduta (causa de exclusão da "Gebotswidrigkeit"). Já ANTON MARTIN, *Sachversicherungsrecht, Kommentar zu den allgemeinen Versicherungsbedingungen für Hausrat, Wohngebäude, Feuer, Einbruchdiebstahl und Raub, Leitungswasser, Sturm einschließlich Sonderbedingungen und Klauseln*, C. H. Beck'sche, Munique, 1992, p. 584, considera que, nas hipóteses de roubo com ameaça à integridade física ou à vida, a conduta de entrega dos bens aos agressores deveria ser havida por não dolosa através de interpretação restritiva do conceito de dolo. Parece-nos mais adequada a via seguida em texto, por não perder de vista o enquadramento contratual destas hipóteses e permitir um seu maior enquadramento sistemático.

e. A consequência jurídica da causação dolosa e a natureza jurídica da sua previsão

Caso haja lugar à causação dolosa do sinistro (e tal causação não se encontre, claro está, coberta), *o segurador não estará, nos termos do art. 46.º, obrigado a proceder à prestação*. Essa estatuição deixa em aberto a *vexata quaestio* da natureza jurídica do regime: a consequência jurídica que responde à não adopção de certo comportamento exigido pode ser concebida como uma exclusão de riscos, como pressuposto negativo de um direito – ocorrendo certo facto, não há lugar à prestação do segurador – ou como contrariedade a um dever de conduta (ou ónus).

Uma concepção que se impôs como maioritária na esfera alemã e que, a seu tempo, suscitou também a concordância de importante doutrina italiana, é a de que se trata de *uma exclusão do risco*⁶⁴³. Noutras ordens jurídicas – notoriamente, na belga e na suíça – tal entendimento não prosperou. Analisaremos especialmente o debate na ordem jurídica alemã, bem como os argumentos apresentados na ordem jurídica suíça e belga, já que foi notório nestes ordenamentos o esforço de retirar efeitos práticos da qualificação.

aa) A causação do sinistro como exclusão do risco

O pensamento dominante à face da VVG alemã, na sua versão anterior⁶⁴⁴,

⁶⁴³ Assim, claramente, na doutrina italiana, ANTIGONO DONATI, *Trattato...II*, cit., pp. 135-136, insistindo em que não se trataria aqui de um dever de não causação dolosa, dada a sua incircunscritibilidade, mas antes de uma exclusão do risco – não se trataria da caducidade de um direito já constituído, mas de um facto impeditivo da constituição do direito: este constituir-se-ia com a ocorrência do sinistro, mas a actuação deste facto constitutivo seria bloqueada pelo facto impeditivo correspondente à causação dolosa; ANTONIO LA TORRE, "Responsabilità e autoreponsabilità nell'assicurazione (art. 1900 Cod. civ.)", in *Scritti di Diritto assicurativo*, ANTONIO LA TORRE (coord.), Dott. A. Giuffrè Milão, 1979, pp. 423-461, p. 429, considerando que aqui a lei operava através de uma exclusão da cobertura, prevenindo o dano a que de outro modo o segurador estaria exposto. Entre os autores que não tratam expressamente a qualificação aqui em causa, igual posicionamento decorre do tratamento da causação do sinistro (1900. CC) em sede de delimitação do risco – cfr. GIUSEPPE FANELLI, *Le assicurazioni...* cit., pp. 111 e ss.; MARCO ROSSETTI, *Il diritto...I...* cit., pp. 757 e ss. e 770 e ss. Entretanto, no ordenamento italiano, o debate deslocou-se em grande medida para os fundamentos deste regime – cfr., a título ilustrativo, cfr. MARCO ROSSETTI, *Il diritto...I...* cit., p. 771.

⁶⁴⁴ Defendiam-no já, por exemplo, Josef, cit. ap. ALFRED GOTTSCHALK, "Der Begriff der Obliegenheiten und die Haftung des Versicherungsnehmers für Hilfspersonen", *ZVersWiss*, 1917, pp. 191-223, p. 211, bem como o próprio. Assim, afirmando claramente que a finalidade do contrato de seguro não implicava em si a exclusão do dever de prestar do segurador em casos relacionados com a actuação humana, considerava porém o autor que a lei excluía tal cobertura em certos casos, relacionados com o princípio geral da culpa. Era também esta já a posição de ALBERT EHRENZWEIG,

como, em geral, perante a nova regulação⁶⁴⁵ vai no sentido de se reconhecer que intercede aqui uma exclusão de risco, que opera *ab initio*. Por marcada influência do pensamento de MÖLLER, considera-se interceder aqui uma *exclusão subjectiva do risco* – ou seja, uma exclusão da cobertura do risco por referência a circunstâncias do carácter e da psique do sujeito –, similar às exclusões objectivas do risco – vg., a exclusão da cobertura de riscos de guerra –, pertencendo ambas à análise do risco. Assim, por força daquela exclusão subjectiva do risco, as circunstâncias atinentes à conduta culposa do sujeito ficariam desde logo fora da cobertura conferida pelo contrato⁶⁴⁶.

"Die schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalls und die Personenhäufung im Versicherungsverhältnis", *ZVersWiss*, 1923, pp. 34-48, pp. 35-36, por referência ao conceito de "administração do risco": quem tivesse a administração do risco ("Risikoverwaltung"), que, se interpretamos bem o pensamento do autor, coincidia com o detentor dos bens seguros ou da qualidade de pessoa segura, ou da guarda desta, tornava-se relevante para o risco (tornava-se "Risikofigur"). A consequência da causação do sinistro por esta "Risikofigur" era o preenchimento da exclusão do risco – pouco importava que este conhecesse ou não da existência de um contrato de seguro, já que não se estava perante verdadeira culpa, mas apenas perante uma "culpa face aos bens". Haveria, porém, verdadeira *Verwirkung* do direito em hipóteses de relevo da causação por um sujeito que não fosse a "Risikofigur" perante as hipóteses de relevo delitual geral, em que não já questões da economia dos seguros, mas questões jurídico-políticas e jurídico-éticas, impunham a exclusão do dever de prestar: as hipóteses em que o beneficiário da prestação actuava dolosamente com o escopo de desencadear o dever de prestar do segurador.

⁶⁴⁵ É a posição subjacente ao próprio KOMMISSION ZUR REFORM DES VERSICHERUNGSVERTRAGSRECHTS, *Abschlussbericht...*, cit., p. 36. Na doutrina, cfr. os autores que citaremos nas notas seguintes.

⁶⁴⁶ Afirmando tal paternidade, KURT BALLERSTEDT, "Recensão a *Reimer Schmidt...*", cit., p. 81. A paternidade é a da construção por referência às circunstâncias subjectivas do risco, claro está, e não a mera qualificação do regime da causação do risco como exclusão de riscos. A terminologia surge actualmente, vg., em HORST BAUMANN, "§ 81", cit., p. 257; DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 1. Na versão inicial, HANS MÖLLER, "Zu den Normen...", cit., pp. 553-556, decompunha o risco concretamente suportado pelo segurador em circunstâncias subjectivas e objectivas, conforme dissessem ou não respeito à pessoa a que se reportava a relação de seguro (tomador ou, no seguro por conta de outrem, segurado). As primeiras eram, mais concretamente, as atinentes ao próprio cérebro – *hoc sensu*, pessoa – do sujeito e podiam ser ou não culposas, sendo o primeiro grupo constituído pela causação culposa do sinistro e pelo agravamento culposo do risco. Exclusões do risco haveria também quando fosse o contrato a retirar do risco suportado pelo segurador estas circunstâncias causalmente imputáveis a um comportamento culposo do segurador. Tal posição foi entretanto refinada e liberta do lastro determinístico de que inicialmente vinha carregada. Com efeito, inicialmente HANS MÖLLER, "Zu den Normen...", cit., pp. 552-553, considera que a cobertura do sinistro negligente ou dolosamente causado, a que a VVG dava abrigo, apenas se poderia compreender à luz de uma concepção determinística da acção humana, na linha do pensamento de Spinoza: não haveria livre arbítrio, não sendo os sujeitos senhores da sua actuação, que se desenrolava necessária e inevitavelmente por si própria. Assim se explicava que os sujeitos se protegessem contra a lesão dos seus próprios interesses, mesmo quando causada por si: estes eram meros veículos da produção do dano, protegendo-se contra "jene Etwas fremdes" em si próprios que lesaria as suas relações com os bens. Não haveria, pois, qualquer censura associada à negligência ou dolo: estes ocorriam porque o cérebro do sujeito em causa era prejudicado por uma anomalia que o afastava do cérebro de um sujeito de tipo médio e o levava a actuar também de um modo desviante face ao sujeito médio. Trata-se aqui, no fundo, de, tal como acontecia face à invocação da natureza necessariamente accidental do risco seguro, partir ainda, para acomodar a cobertura dos sinistros culposamente causados, de argumentos conceptualistas atinentes à "natureza das coisas" do risco seguro – conquanto agora tal seja feito coincidir com a própria natureza das coisas da realidade.

Um outro argumento diz respeito à latitude da posição jurídica negativa que assim se recortaria. Não se poderia falar aqui de *um dever de não causar o sinistro*, já que a lei não impunha ao tomador a obrigação, perante o segurador, *de conformar a sua vida e disponibilidades económicas de modo a evitar que o sinistro ocorresse*⁶⁴⁷.

A comprovar este entendimento, invoca-se a peculiaridade do regime da distribuição do ónus da prova, contrastante com o atinente à violação de *Obliegenheiten* contratuais, por sua vez alinhado com o regime geral do incumprimento de deveres contratuais. Assim, enquanto que nestes dois últimos casos se presumia a culpa em caso de incumprimento objectivo, em sede de causação do sinistro caso cabia ao segurador a prova da culpa⁶⁴⁸. Esta diferença seria ainda confirmada pela diferença de força jurídica dos regimes em causa⁶⁴⁹. Os regimes das verdadeiras *Obliegenheiten* seriam semi-imperativos, em vista da protecção do tomador contra os excessos de severidade no retirar de consequências da violação de *Obliegenheiten* pelo segurador (assim, os §§ 6, I a III e 15 da versão anterior da VVG e §§ 28, I a IV e 32 da versão actual). Já o regime da causação culposa seria dispositivo (§§ 61 e 68a, para a versão anterior da VVG, e §§ 81, II, e 87, para a actual) pois seria atinente à conformação do risco coberto.

Esta posição amoldava-se mais facilmente a um regime que previa como única consequência possível da conduta, acompanhada de certo juízo de apreciação que a caracterizasse como dolosa ou grosseiramente negligente, a perda total da contraprestação. À face do regime actual, que associa às hipóteses de negligência grosseira a consequência da redução da contraprestação na medida da culpa, tal qualificação resulta mais forçada. Como veremos, perante o art. 14 da VVG suíça, antecessor do § 81 da VVG (alemã), a doutrina suíça considera predominantemente

A configuração do conceito que o autor havia de deixar por legado vem já despojada de tal fundamentação: aqui, o autor limita-se a identificar o *risco subjectivo com as circunstâncias do risco ligadas ao carácter e à psique do sujeito*, demarcando-as de outras circunstâncias pessoais que não seriam constituintes do risco subjectivo – sobretudo, circunstâncias atinentes à vida profissional e à saúde. Pessoas relevantes para determinação deste risco subjectivo – ou seja, os seus portadores – seriam o tomador, o segurado, a pessoa segura e os seus representantes – cfr. HANS MÖLLER, "§ 61", cit., p. 515.

⁶⁴⁷ ALBERT EHRENZWEIG, *Versicherungsvertragsrecht I...* cit., p. 318. Na doutrina alemã recente, surge secundado, por exemplo, em EGON LORENZ, "Zur quotalen...", cit., pp. 859-861, considerando que não se pode falar de uma *Obliegenheit* geral de evitar o sinistro.

⁶⁴⁸ Assim, ALFRED GOTTSCHALK, "Der Begriff...", cit., p. 211 ou HANS MÖLLER, "Zu den Normen...", cit., p. 559, confrontando os §§ 6 e 61 da VVG, a. F.; HANS ROELLI, *Kommentar...I*, cit., pp. 193-194, confrontando o regime decorrente do art. 14 da VVG suíça com o regime geral do incumprimento das obrigações.

⁶⁴⁹ EGON LORENZ, "Zur quotalen...", cit., p. 861.

constituir a causação culposa um pressuposto negativo do dever de prestar do segurador. Ainda assim, como começámos por anotar, a doutrina alemã continua a considerar de modo maioritário que se trata de uma exclusão subjectiva do risco limitada à medida da gravidade da culpa com que o sinistro houver sido causado ("beschränkter subjektiver Risikoausschluss"): as considerações de proporcionalidade que tinham justificado tal nova feição limitada do regime não deveriam interferir na natureza do instituto⁶⁵⁰.

As críticas tecidas a esta orientação fincam-se nos pressupostos materiais e finalidade do regime em causa, que seriam os típicos do regime do incumprimento de *Obliegenheiten*. Assim, os juízos de culpa e causalidade não se apartariam dos relevantes em sede de incumprimento de deveres em geral. Por outro lado, seria indispensável, para que se pudesse aqui referir uma actuação culposa, a identificação de um "dever" (*lato sensu*) de conduta não acatado – pelo que afinal a convergência com um regime de violação de *Obliegenheit* seria total.

bb) A causação do sinistro como Obliegenheit

A posição minoritária que, na esfera alemã, mais importa considerar⁶⁵¹, é a que recorta o regime da causação do sinistro como impondo uma *Obliegenheit*, ou mesmo um dever de conduta.

O retratar do regime como correspondendo à imposição de um dever de

⁶⁵⁰ Assim, CHRISTIAN ARMBRÜSTER, *Das Alles-oder-nichts...* cit., por exemplo pp. 8 e 47; segundo o autor, a redução proporcional da prestação do segurador que tem lugar nessa sede, mediante avaliação do grau de culpa do tomador, equivale à delimitação de uma exclusão subjectiva do risco com base em considerações de equidade; próximo, DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 7.

⁶⁵¹ Uma posição entretanto abandonada, mas que conheceu ainda um certo apoio, foi a que considerou que, estando a prestação do segurador sujeita à condição suspensiva da ocorrência do sinistro, deviam aplicar-se-lhe as disposições do BGB atinentes às obrigações condicionais (assim, vg., ERNST FRAMHEIN JR., *Die Herbeiführung...* cit., pp. 54-55). Ora, aqui, pontificava a regra sobre a provocação da condição, contra as regras da boa fé, por aquele a quem aproveitasse, e que determinava dever então ter-se a condição por não verificada (§ 162, II, BGB; cfr. o art. 275.º, n.º 2, do CC): o regime da causação culposa do sinistro era mera expressão desta regra. Contra, argumenta-se (HANS MÖLLER, "Die rechtliche..." cit., pp. 327-329) que a obrigação a cargo do segurador pode ser uma obrigação sujeita a termo, e não condicionada. Além disso, a estrutura das normas seria diferente. Desde logo, num caso, ficcionava-se a não verificação da condição; no outro, as normas limitavam-se a estatuir que a prestação do segurador não tinha lugar. Acrescia que, enquanto que num caso o critério era o da violação da boa fé, no outro era o da actuação culposa. Ora, podia haver actuação culposa não contrária à boa fé; ou podia haver actuação contrária à boa fé e não culposa (afirmação esta que nos causa perplexidade, porquanto a boa fé se plasma num parâmetro de diligência e zelo das relações especiais). Por último, esta tese contrariava também a economia de pensamento que devia reger as construções jurídicas: equivalia a afirmar que esse risco estava à partida coberto, para, no momento do sinistro, o declarar afinal excluído.

conduta retrocede já, nomeadamente, a HAGEN⁶⁵², que considerava haver aqui uma *violação do dever de lealdade contratual do tomador* para com o seu parceiro contratual, segurador. PRÖLSS afirmou aqui claramente a existência de um *dever de prevenção do dano* ("Schadensverhütungspflicht"); a preferência pela qualificação do regime como exclusão assentaria em motivos de pura construção jurídica (subentende-se que suplantados pelas razões materiais que fundavam este dever). Da conjugação dos regimes do agravamento do risco e do salvamento, das concretas prescrições de segurança do contrato de seguro e principalmente do pensamento de que a comunidade de segurados ("Versicherungsgemeinschaft") deveria ser poupada a danos evitáveis resultava que o § 61 era expressão de *um dever de tudo fazer para evitar o dano*⁶⁵³. Daqui resultava a aplicação directa do regime do § 278 do BGB à causação do sinistro; e resultava ser o conceito de culpa relevante o conceito civilístico geral. É também a este conjunto que são reconduzidos os autores que vêem na causação do sinistro um pressuposto negativo do direito à prestação – o que, no fundo, corresponde ao recorte das *Obliegenheiten* prévio ao trabalho de Reimer Schmidt⁶⁵⁴.

Ao longo da vigência da anterior VVG, esta perspectiva foi perdendo alento. Cedo rejeitada foi a construção do dever de prevenção do sinistro, de (Erich) PRÖLSS, considerando-se que não poderia haver qualquer *interesse do segurador em que pura e simplesmente se evitasse o sinistro*. Só poderia haver um interesse em que se adoptasse *uma certa medida de cuidado para evitar o sinistro* – assim, violação do dever e standard de culpa coincidiriam⁶⁵⁵. Como tal, (Jürgen) PRÖLSS, aceitando a pertinência do recorte de um dever de adopção de certa medida de cuidado para evitar o sinistro, descarta a construção, por considerar que não traria vantagens face à concepção ancorada na exclusão do risco (tendo esta última ainda

⁶⁵² OTTO HAGEN, "Handelsrecht, VIII, 1", cit., p. 634, salientando que uma actuação que não seria, em si, ilícita, tornar-se-ia ilícita ao ser praticada em conexão com o contrato, pelo tomador enquanto tal, pois violaria o seu dever de lealdade para com o segurador. O pensamento do autor não é, porém, linear. Por um lado, este salienta expressamente que não se pode falar aqui de um dever contratual em sentido técnico, embora insista em referi-lo como dever; por outro, considera que se trata aqui apenas de um pressuposto negativo do direito do tomador, cuja não verificação lesa apenas interesses deste último, já que determina a perda do seu direito (p. 636).

⁶⁵³ ERICH PRÖLSS, *Versicherungsvertragsgesetz*, cit., p. 109. KURT BALLERSTEDT, "Recensão a Reimer Schmidt...", cit., p. 81, aproxima Reimer Schmidt da corrente que qualifica a posição em causa como uma *Obliegenheit*, considerando que, pese embora o A. afirme tratar-se o § 61 VVG a. F. de uma exclusão subjectiva do risco, o facto de considerar que lhe subjaz o ónus de afastamento do dano inerente ao § 254 BGB recondu-lo ao pensamento de Prölss na matéria.

⁶⁵⁴ Vimos que era esta, em parte, a posição de HANS ROELLI, *Kommentar...I*, cit., p. 194; cfr. ainda HANS MÖLLER, "Die rechtliche...", cit., pp. 326-327.

⁶⁵⁵ JÜRGEN PRÖLSS, "§ 61 Herbeiführung des Versicherungsfalles", cit., p. 509.

a seu favor o elemento literal e o histórico da interpretação jurídica)⁶⁵⁶.

Bateu-se ainda por ela MARTIN⁶⁵⁷. Considera o autor não ser logicamente possível falar de culpa – dolo ou negligência – sem que tal culpa se reportasse à violação de um dever de cuidado. O § 61 regia, pois, a *violação de um dever de cuidado que teria por fonte o contrato: um dever de prevenção do sinistro*. Por outro lado, seria errado considerar que se protegia por esta via interesses diversos dos protegidos através da generalidade das *Obliegenheiten* – os mesmos argumentos aqui invocáveis, segundo os quais o segurador não estava verdadeiramente interessado no resultado material da conduta do tomador, mas apenas em não ter que prestar em caso de dolo ou negligência grosseira, procederiam tal-qual face à violação da generalidade das *Obliegenheiten*. O autor reconhece a dificuldade associada às hipóteses em que o contrato fosse legitimamente desconhecido pelo sujeito cujo dolo ou negligência seriam aptos a accionar as consequências do contrato – o que aconteceria, sobretudo, nas hipóteses em que o tomador ingressasse nessa posição por aquisição da coisa sobre a qual incidia o interesse seguro. Considera, porém, que este argumento procederia também quanto a hipóteses de condutas pacificamente consideradas deveres – como a "Gefahrstandspflicht" ou as *Obliegenheiten* criadas por contrato. Nestes casos, como resultava do § 79, III, a lei simplesmente presumia ou mesmo fingia o conhecimento. O único argumento tido por inultrapassável é o apresentado por PRÖLSS e por SCHIRMER, segundo o qual não se lograria afirmar a existência de qualquer dever em hipóteses em que a ocorrência do sinistro claramente não procedesse de negligência, sequer ligeira, do segurado – vg., ocorre um incêndio enquanto o segurado está desmaiado e não o pode impedir; ocorre um dano causado pela queda de um helicóptero –: dos casos em que, nem usando de diligência, o segurado pudesse ter evitado o sinistro. MARTIN reconhece a entorse sistemática, mas considera-a menor do que a que decorreria de operar sistematicamente com uma "culpa sem violação de dever de conduta".

Esta tese ganhou novo alento com a nova feição do regime da causação grosseiramente negligente, considerando-se que a redução da prestação do segurador na medida da culpa aproximava a posição jurídica aqui encerrada a uma

⁶⁵⁶ JÜRGEN PRÖLSS, "§ 61 Herbeiführung des Versicherungsfalles", cit., p. 509.

⁶⁵⁷ ANTON MARTIN, *Sachversicherungsrecht...* cit., pp. 1122-1124.

Obliegenheit. Tal levou não só a uma mudança de posição de DEUTSCH⁶⁵⁸, como concitou a adesão de BRAND – este último vincando a pertinência de uma *Obliegenheit* de fazer uso da diligência razoável para evitar a ocorrência do sinistro, por oposição à impertinência da impositação tradicional que queria aqui ver uma *Obliegenheit* de evitar o sinistro⁶⁵⁹. Também HÄHNCHEN considera que o regime recorta uma *Obliegenheit*⁶⁶⁰. Desde logo, porque o regime predisposto nos leva para a sede das imposições de comportamentos, fazendo a consequência negativa depender de culpa – o que corresponde à imposição de um comportamento cuidadoso ao segurado – e fazendo o seu accionamento depender da prova da causalidade de tal desconformidade da conduta face à ocorrência do sinistro. A A. agrega a esta argumentação um contributo retirado do seu critério de separação entre *Obliegenheiten* em sentido estrito (verdadeiros deveres de conduta, como veremos na parte VI) e em sentido lato: tratar-se-ia aqui de uma verdadeira *Obliegenheit* (em sentido estrito), em cujo cumprimento o segurador tinha também interesse, já que tinha por objecto a adopção de um comportamento preventivo pelo segurado. Diferentemente, tratando-se de uma mera exclusão de risco, o segurador bastar-se-ia com a sua simples existência, sendo-lhe indiferente a adopção de um comportamento ou de outro pelo segurado.

As críticas geralmente dirigidas a estas teses são o simétrico dos motivos dados para preferir as anteriores. Teses como a de (Erich) PRÖLSS, reportando-se a um verdadeiro dever de tudo fazer para evitar o sinistro, são actualmente recusadas, porque tolheriam em demasia a liberdade de acção do obrigado⁶⁶¹. Para além do argumento da proibição da criação de deveres na esfera de terceiros, oposto às teses que falam aqui de verdadeiros deveres – e que não lograriam explicar, assim, a relevância da causação pelo segurado não tomador, ou pelo beneficiário⁶⁶² –, erguem-se argumentos aptos a pôr em causa simultaneamente estas teses e as que se reportam a meros ónus. Um argumento com muito peso é o da falta de economia de pensamento e lógica jurídica⁶⁶³, já que, em lugar de se considerar desde o início não

⁶⁵⁸ Assim, alterando a sua posição perante a mudança do recorte do regime legal em causa, ERWIN DEUTSCH, *Das neue...*, cit., p. 154, passou a considerar que o legislador formulou uma "Obliegenheit", e não um "subjektiver Risikoabschluss".

⁶⁵⁹ OLIVER BRAND, "Das Quotelungsprinzip...", cit., p. 81 (cfr. também 82-83).

⁶⁶⁰ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 296-297.

⁶⁶¹ Já assim, por exemplo, HANS ROELLI, *Kommentar...I*, cit., p. 193.

⁶⁶² HANS MÖLLER, "Die rechtliche...", cit., p. 327.

⁶⁶³ HANS MÖLLER, "Die rechtliche...", cit., pp. 326-327. Outros argumentos aí apresentados pelo autor – o da impossibilidade de exigir judicialmente a adopção da conduta, o de não haver lugar a

reentrante tal risco na cobertura, este era tido como reentrante até ser dela retirado, no momento do sinistro.

cc) A causação do sinistro como pressuposto negativo da prestação

À face do art. 14. da VVG suíça, a opinião maioritária da respectiva doutrina é de que se trata de um *pressuposto negativo do dever de prestar do segurador*⁶⁶⁴. Os motivos de preferência desta em relação à teoria da exclusão do risco são fundamentalmente dois, com a tónica, entre a doutrina mais recente, no segundo. Em primeiro lugar, considera-se que a teoria da exclusão do risco não logra explicar a consequência da mera redução do direito à prestação – *tratando-se de uma exclusão do risco, deveria pura e simplesmente estar excluída toda a prestação*⁶⁶⁵. Próximo deste está o sobredito segundo argumento: a concepção da exclusão do risco quadraria mal com o facto de *as consequências jurídicas em causa por vezes atingirem apenas o faltoso e não outros sujeitos com direito à prestação*⁶⁶⁶⁻⁶⁶⁷.

indemnização pelos danos causados e o de não interceder um nexos sinalagmático entre o alegado dever de não causar o sinistro e o dever de efectuar a prestação a cargo do tomador –, conquanto surjam ainda repetidos em HANS MÖLLER, "§ 61", cit., p. 527, não resistem à evolução do entendimento da natureza da relação obrigacional, enquanto relação obrigacional complexa, compreendendo deveres de consideração pela contraparte.

⁶⁶⁴ Já assim, HANS ROELLI, *Kommentar...I*, cit., pp. 193-197, conquanto o autor defenda simultaneamente a construção da figura como uma exclusão de risco (pp. 193-194) e a sua construção como um pressuposto negativo do dever de prestação, ao modo de uma condição (resolutiva, face ao que diremos de seguida) de tal dever (pp. 194-197), parecendo tratar tais teses como complementares. A tese da condição, nos termos da qual *aquele risco estaria à partida coberto, apenas sendo a cobertura posta em causa no momento do sinistro* é, porém, incompatível com a ideia de que tal risco estaria à partida fora da cobertura. Na doutrina recente, também ALFRED MAURER, *Schweizerisches... cit.*, pp. 347-348, parece aceitar ambas as qualificações, falando tanto de uma exclusão ou limitação do risco do segurador, como de um pressuposto legal negativo ou condição do dever de prestar. Referindo-se claramente apenas a um pressuposto negativo do dever da responsabilidade do segurador, que, *ao contrário das exclusões do risco, se referia apenas à causação culposa de eventos que estivessem compreendidos nos quadros do risco seguro*, WILLY KOENIG, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht, System des Versicherungsvertrages und der einzelnen Versicherungsarten*, Herbert Lang & Cie., Berna, 1967, pp. 302 e sobretudo 303. O autor não fornece, porém, argumentos materiais para a qualificação operada.

⁶⁶⁵ HEINRICH SCHUPPISSER, *Die grobfahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles nach Art. 14 Abs. 2 VVG*, Stämpfli & Cie, Berna, 1964, p. 26. O autor aduz ainda um segundo argumento que, como decorre do que dissemos já e a seguir diremos, não se mostra probante: considera que a concepção da causação culposa como pressuposto negativo da prestação em alternativa face à exclusão do risco suportado tenha consequências ao nível da distribuição do ónus da prova, determinando a primeira construção que o tomador tivesse que provar a sua ausência de culpa, já que tal seria um fundamento da própria pretensão – sendo tal distribuição materialmente desadequada; ao passo que o recorte do regime como pressuposto negativo da prestação imporia a prova da culpa ao segurador (cfr. pp. 26-27 e 49-50).

⁶⁶⁶ ANDREAS HÖNGER/MARCEL SÜSSKIND, "Art. 14", in *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)*, HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ANTON K. SCHNYDER (coord.), Helbing & Lichtenhahn, Basileia/Genebra/Munique, 2001, pp. 232-266, pp. 235-236.

⁶⁶⁷ Antes da entrada em vigor da VVG suíça, a qualificação da causação culposa do sinistro como um pressuposto negativo do dever de prestação, ao modo de uma condição (resolutiva,

Este último argumento tem considerável eco no Direito belga. Aqui, a doutrina e jurisprudência maioritárias consideram que opera uma perda do direito à prestação ("déchéance"), dado o carácter pessoal da "faute intentionnelle" em que assenta e que apenas logra comprometer o direito que o *próprio incumpridor* fundasse no contrato. Havendo outro sujeito que funde um direito no contrato a outro título, como um beneficiário de segundo nível ou um outro segurado, a prestação fundada nesse sinistro deve ser realizada em relação a ele⁶⁶⁸. A diferença face à construção maioritária na esfera helvética é, pois, estrutural, já que a "déchéance" tem carácter marcadamente extintivo⁶⁶⁹ e não impeditivo.

dd) Tomada de posição

Foi sintomática a evolução no sentido de se retirar cada vez menos consequências do enquadramento conceptual das figuras. Entre os autores do início do séc. XX, a qualificação era decisiva para recortar o parâmetro da culpa aplicável⁶⁷⁰ ou, de modo muitíssimo relevante, o relevo da actuação de terceiros – segurado não tomador, beneficiário ou sujeito cuja ligação ao segurado o colocasse em contacto com o bem ou sujeito segurado –, ou do tomador não segurado, no accionamento da hipótese da norma⁶⁷¹.

acrescentamos) de tal dever, tinha já sido operada, no quadrante alemão, vg., por JULIUS VON GIERKE, "Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden", *Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht*, 1909, pp. 721-744, p. 739 (sem lugar, porém, a grandes desenvolvimentos: limitando-se a qualificar o comportamento em causa como "eine Bedingung für den Versicherungsanspruch"). Esta tese foi, porém, afastada, sobretudo por motivos de economia de pensamento e lógica jurídica: não se via qual o propósito de admitir aquele risco, à partida, como integrante da cobertura, para o declarar excluído apenas no momento do sinistro; sentido faria considerá-lo à partida excluído (HANS MÖLLER, "Die rechtliche...", cit., pp. 326-327).

⁶⁶⁸ Por todos, BERNARD DUBUISSON, "La faute intentionnelle en droit des assurances – L'éclairage du droit pénal", *RGAR*, 1, 2010, pp. 14586(1)-14586(7), pp. 14586(1)-(2)); cfr. ainda, na doutrina mais recente, HÉLÈNE DE RODE, *Le contrat d'assurance en général*, Larcier, Bruxelas, 2013, p. 72, sublinhando a licitude da convenção no sentido da ampliação dos efeitos da causação por um dos segurados aos demais segurados.

⁶⁶⁹ Cfr., por exemplo, MARCEL FONTAINE, "Déchéances...", cit., pp. 63-64.

⁶⁷⁰ Assim, ALBERT EHRENZWEIG, "Die schuldhafte...", cit., pp. 35-38, distinguindo entre a actuação relevante para accionar a hipótese da exclusão do risco por causação do sinistro por parte da "Risikofigur" ou por parte do beneficiário da prestação. Tratava-se de uma "actuação natural" – ou seja, não violadora de dever absoluto ou relativo – que adquiria relevo caso a actuação danosa do sujeito relevante se pautasse por certas características subjectivas: dolo ou negligência grosseira no danificar dos bens seguros. Não haveria, porém, aqui verdadeira culpa face ao segurador, mas apenas aquilo a que Ehrenzweig chama "culpa perante os bens seguros". Diversamente, nas hipóteses em que o beneficiário da prestação actuava dolosamente com o intuito de desencadear o dever de prestar do segurador. Nestas hipóteses, de verdadeira fraude ("Versicherungsbetrug"), estava em causa culpa propriamente dita, devendo a actuação ter por consequência a *Verwirkung* do direito.

⁶⁷¹ Da linha argumentativa de HANS MÖLLER, "Zu den Normen...", cit., pp. 559-560 decorre, como veremos, que os pressupostos do regime da causação apenas se preencheriam, em rigor, quando este

O que se retira fundamentalmente deste cotejo de posicionamentos diversos é – sem prejuízo da salvaguarda que faremos abaixo – a sua actual falta de consequências práticas: uma construção ou outra leva os autores à defesa das mesmas conclusões relativamente aos pressupostos e consequências da aplicação do regime em causa. No ordenamento jurídico alemão, isto mesmo é reconhecido por alguma doutrina, parecendo haver uma certa concordância em torno da ideia de que os resultados práticos da aceitação de uma ou de outra das construções não diferem⁶⁷². Isto ressoa tanto na afirmação feita por MARTIN em 1992, de que a doutrina dominante de rejeição se tinha cristalizado numa fórmula vazia, que a jurisprudência invocava, mas depois contradizia, resolvendo as questões concretas por apelo à ideia de que o tomador "tinha que" actuar como se não estivesse segurado, como na admissão por PRÖLSS que, sendo pertinente o recorte de um dever de adopção de certa medida de cuidado para evitar o sinistro, tal construção não traria qualquer vantagem face à concepção ancorada numa exclusão do risco⁶⁷³, como ainda na confluência encontrada na construção de LOOSCHELDERS, da qual decorre estarmos aqui perante normas de conduta que determinam de antemão os limites da cobertura⁶⁷⁴.

É assim em matéria de concepção da culpa – do dolo e negligência – relevantes para accionamento do regime: conquanto a qualificação como exclusão fosse à partida problemática neste sentido, concitando a aplicação de parâmetros de diligência face aos próprios bens, há hoje convergência no sentido de considerar que o regime legal valora a culpa recortada ao modo civilístico geral⁶⁷⁵. O mesmo se diga em relação ao relevo da causação do sinistro por omissão: uma vez que o relevo da conduta omissiva exige a identificação de um dever positivo de conduta

fosse accionado pelo segurado, enquanto titular da relação económica com os bens seguros. Estávamos para lá desta justificação material quando a VVG declarava a exoneração para os casos de actuação do tomador, sem mais: assim, nos casos de causação pelo tomador não segurado, a exclusão valia a título objectivo, por estar prevista na lei. Nas demais hipóteses de causação do sinistro por terceiro, a prestação a cargo do segurador não seria afectada. Veremos que ALBERT EHRENZWEIG, "Die schuldhafte...", cit., pp. 37 e ss., tempera estas considerações no caso de causação pelo beneficiário, por apelo a considerações de relevo delitual geral, em que estariam não já questões da economia dos seguros, mas questões jurídico-políticas e jurídico-éticas.

⁶⁷² ANTON MARTIN, *Sachversicherungsrecht...* cit., p. 1123.

⁶⁷³ Respectivamente, ANTON MARTIN, *Sachversicherungsrecht...* cit., p. 1123, "diese "herschende Meinung" zu einer Leerformel erstarrt ist", e JÜRGEN PRÖLSS, "§ 61 Herbeiführung des Versicherungsfalles", cit., p. 509.

⁶⁷⁴ DIRK LOOSCHELDERS, "Rettungsobliegenheit...", cit., pp. 840-841, aliás afirmando abertamente que se trata de questão terminológica, à qual não estão ligadas consequências práticas; DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 5-25 e 36.

⁶⁷⁵ Cfr. infra, IV.2 §2.B.b.

que tenha sido violado, esta forma de actuar a hipótese estaria mais próxima da conclusão pela existência de um dever⁶⁷⁶. Porém, a conduta omissiva é desde há décadas relevada pela jurisprudência e por qualquer das construções⁶⁷⁷. É também assim em relação à tomada em consideração de causas de justificação do acto causador do sinistro, que estaria disponível apenas para quem reconhecesse aqui um verdadeiro dever, mas acaba por se alargar à generalidade dos autores, que reconhecem aqui a violação de uma norma de conduta ou de uma exigência de conduta concebida de um modo geral⁶⁷⁸. O mesmo vale em relação ao parâmetro da causação, valendo os critérios civilísticos gerais para sua afirmação⁶⁷⁹. E vale ainda face à relevância da conduta de terceiros ou do tomador não segurado para os efeitos do regime da causação do sinistro, defendendo a generalidade da doutrina que não vale aqui, ao menos, *de iure condito*, o regime geral do § 278, mas o regime especial da responsabilidade pelos actos dos representantes⁶⁸⁰. É ainda assim em relação à alocação do ónus da prova da culpa ou da causalidade, já que estes decorrem directamente da lei. É-o do mesmo modo em matéria de diferença de força jurídica dos regimes em causa, acabando a semi-imperatividade que não advém ao regime da causação dolosa directamente por lhe advir da sua força de bloqueio a ccg desconformes⁶⁸¹. É-o em matéria de concurso de infracções, onde a

⁶⁷⁶ Assim, por exemplo, ANTON MARTIN, *Sachversicherungsrecht...* cit., p. 1123.

⁶⁷⁷ DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 9 e ss.

⁶⁷⁸ Assim, HANS MÖLLER, "Zu den Normen...", cit., pp. 560-561, invocava ainda a qualificação do regime como regime de exclusão de risco para enquadrar o enquadramento das hipóteses em que a causação procedesse de um comando de humanidade ("Gebot der Menschlichkeit"), na linha do previsto, vg., na VVG suíça. Segundo o autor, tal não podia ser invocado para fundar uma interpretação restritiva da exclusão do risco: o segurador deveria poder confiar nas exclusões de risco aplicáveis. Onde tais considerações poderiam, sim, ter interferência, era na avaliação da culpa – poderiam, pois, determinar que não se atingia o limiar de culpa necessário a accionar a exclusão. A referência a uma exigência de conduta para lograr dotar de relevo a conduta causadora parece actualmente afirmar-se independentemente da afirmação da natureza de exclusão de risco; nessa medida admite-se aqui a aplicação analógica das normas atinentes a causas de justificação – HORST BAUMANN, "§ 81", cit., pp. 269-270.

⁶⁷⁹ HORST BAUMANN, "§ 81", cit., p. 266. A divergência que possa aqui haver é uma divergência atinente a uma tomada de posição mais geral sobre os parâmetros de causalidade relevantes, e não uma discussão específica desta sede.

⁶⁸⁰ Cfr. *infra*, IV.1. §3.

⁶⁸¹ EGON LORENZ, "Zur quotalen...", cit., p. 861. Os regimes das verdadeiras Obliegenheiten são semi-imperativos, em vista da protecção do tomador contra os excessos de severidade no retirar de consequências da violação de Obliegenheiten pelo segurador (assim, os §§ 6, I a III e 15 da versão anterior da VVG e §§ 28, I a IV e 32 da versão actual). Já o regime da causação culposa seria dispositivo (§§ 61 e 68a, para a versão anterior da VVG, e §§ 81, II, e 87, para a actual) pois seria atinente à conformação do risco coberto. O controlo desta conformação seria feito noutra sede: a das normas sobre cláusulas contratuais gerais. O contrato que destas se socorresse estaria, porém, por essa via sujeito ao ulterior controlo do § 307 do BGB, que decretaria ineficazes as estipulações contrárias que trouxessem um favorecimento excessivo do segurador. Assim, OLIVER BRAND, "Das Quotelungsprinzip...", cit., p. 82, considera que seria "dogmaticamente mais limpo" dotar o § 81, II,

causação dolosa é posta a par com a infracção de *Obliegenheiten*, não actuando numa circunscrição prévia dos limites da cobertura⁶⁸².

Este excursus dá o mote às considerações que se seguem. Mas algo diverso deverá ser frisado à cabeça: que a exclusão do risco é uma figura altamente lábil, que serve antes de mais a delimitação objectiva da cobertura. Não goza por isso de um regime próprio que permitisse tutelar devidamente as expectativas legítimas dos sujeitos ligados ao contrato e ao risco, de que *não bastaria qualquer conduta sua para pôr em causa a cobertura* – temor, como começámos por dizer, sem dúvida compreensível, face ao contacto que estes sujeitos mantêm com o risco. A necessidade de manter represada a cobertura poderia, pois, estar na base de uma argumentação que reconduzisse a figura em causa a uma exigência de conduta, visando atrair a si o regime dos requisitos para retirar consequências do seu incumprimento de que estes vêm acompanhados.

Porém, face a um regime como o da causação dolosa do sinistro, que assenta no erigir de muros de contenção da cobertura – exigindo o estabelecimento do dolo e da causalidade – parece afastada tal razão material. Vimos que, nas hipóteses de causação omissiva ou mediata, é incontornável a referência a uma norma de conduta – mas a conduta dos sujeitos abrangidos pode ser construída como o *Tatbestand* de uma exclusão do risco⁶⁸³. Aquele juízo é confirmado se perscrutarmos a sede probatória. Mesmo face aos deveres laterais, deve sempre ser cuidadosamente ponderada a aplicação das presunções inscritas no regime da responsabilidade contratual (art. 799.º); e esta ponderação não levaria a resultados ou hesitações inteiramente paralelas às que se afirmam aqui. Assim, face à causação dolosa, não se liberta o segurador de fazer prova dos pressupostos impeditivos do seu dever de prestar, como se não liberta de a fazer face aos factos modificativos ou extintivos⁶⁸⁴: o dolo não se presume⁶⁸⁵, como não se presume a desconformidade

da VVG, de semi-imperatividade à partida.

⁶⁸² Criticamente, EGON LORENZ, "Zur quotalen...", cit., pp. 865-866. Considerando que o tratamento na prática dado ao preceito é o mais condicente com a sua natureza de *Obliegenheit*, OLIVER BRAND, "Das Quotelungsprinzip...", cit., p. 83.

⁶⁸³ É isto mesmo, como referimos, que DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 5-25 e 36, faz.

⁶⁸⁴ Assim, para a ordem jurídica italiana, ANTONIO LA TORRE, "I sinistri...", cit., pp. 364-367, já que se trataria de um facto impeditivo, e não constitutivo da obrigação do segurador – o que sinalizaria, aliás, a evolução que tinha sofrido o instituto da causação culposa do sinistro. O autor sublinha – bem – que as consequências em sede de distribuição do ónus da prova são as mesmas, quer se configure aqui um facto impeditivo em sentido estrito, quer se configure um facto extintivo da

da actuação face a uma norma de conduta nos casos de causação omissiva ou mediata, ou, *primo conspectu*, a causalidade entre a conduta e o sinistro⁶⁸⁶.

Dois argumentos fazem, porém, pender o fiel da balança para a qualificação como exclusão do risco ou como pressuposto negativo de um direito.

Um, de índole material, é o de tais qualificações, e já não a qualificação como ónus ou dever, compactuarem com a possibilidade de se retirar efeitos da actuação de um sujeito desconhecedor do parâmetro pelo qual a sua conduta é valorada. Como veremos, no que toca à construção dos pressupostos de funcionamento desta excepção, há especialidades a introduzir na hipótese de causação do sinistro por parte de beneficiário ou segurado não conhecedor do contrato. Tal é, porém, resultado específico da ponderação de interesses e valores então em causa, exprimindo a periferia, e não o núcleo das hipóteses de causação dolosa, e não valendo como manifestação de uma diferença de natureza geral entre os pressupostos do regime da causação do sinistro e os do incumprimento de *Obliegenheiten*.

Face à generalidade dos casos, procedem, sim, *argumentos formais, atinentes à economia de construção jurídica*.

Não se deve perder de vista que o facto aqui opera concomitantemente com a constituição do direito do segurado, paralisando tal formação *ab initio*. É, pois, por motivos de economia de pensamento, no campo dos factos impeditivos que nos deveremos mover⁶⁸⁷. Posto isto, há aqui que distinguir. De um lado estão os casos em que a *causação do sinistro por um sujeito compromete definitivamente a*

obrigação do segurador. Para a ordem jurídica suíça, cfr., por exemplo, BERNARD VIRET, *Privatversicherungsrecht*, Verlag des Schweizerischen Kaufmännischen Verbandes, Zurique, 1989, pp. 158-159, afirmando o ónus da prova dos factos exoneratórios para o segurador: o nexa causal entre a conduta culposa e o sinistro e a culpabilidade do tomador ou beneficiário. Na ordem jurídica belga, invoca-se também a oneração daquele que pretende liberar-se de uma obrigação da prova dos respectivos factos extintivos (1315., 2.^a) – BERNARD DUBUISSON, "La faute...", cit., p. 14586(2).

⁶⁸⁵ Cfr., para o ordenamento belga, BERNARD DUBUISSON, "La faute...", cit., p. 14586(2), invocando a este respeito o princípio da não presunção da má fé (previsto em relação à usucapião, 2268 CC belga), bem como a presunção de inocência válida em Direito penal.

⁶⁸⁶ Pode na verdade debater-se se o incumprimento de um standard de segurança gera uma presunção de causação de um resultado que tal standard vinha prevenir – de causalidade portanto entre o não cumprimento da exigência de conduta e o sinistro –; mas, com isto não nos afastamos das considerações que se tecem a propósito da violação dos deveres de conduta, onde a questão é problematizada de modo paralelo.

⁶⁸⁷ Embora, vg., a doutrina belga mantenha a referência à "déchéance", atinente à extinção de um dever, não vemos motivos para conceber aqui um direito que nascesse para logo se extinguir. A frase de Ferrara mantém um grande valor sugestivo relativamente a argumentos de economia de pensamento: "Perché si dovrebbe lasciare rompere per poi pagare, quando è possibile non fare rompere?" (Ferrara, cit. ap. ANTONIO LA TORRE, "Responsabilità...", cit., p. 429).

possibilidade de tal sinistro fundar um dever de prestar do segurador em relação a quem quer que seja. É o que acontece quando seja a pessoa segura a causadora, no regime do suicídio perpetrado até um ano após a celebração do contrato (art. 191.º, n.º 1); ou quando seja o tomador ou o segurado o causador. Aqui, deve falar-se de uma verdadeira exclusão do risco, enquanto "furo na cobertura".

De outro lado, estão os casos em que a causação do sinistro *tem por resultado apenas o bloqueio do direito do concreto causador* – é o que acontece quando esse causador é o beneficiário (arts. 46.º, n.º 2, e, muito elucidativamente, 192.º). Aqui, surge para o segurador um dever de prestar fundado no sinistro causado pelo beneficiário; é simplesmente o seu credor que se altera, passando a valer o regime supletivo da designação beneficiária, não havendo convenção contratual noutra sentido (198.º e 192.º). Não faz, porém, sentido falar de um risco não coberto quando o dever de prestar se mantém; o que ocorre é o accionamento de um pressuposto negativo do direito daquele beneficiário, mas que *actua bloqueando desde logo a sua constituição*. Não só porque não faria sentido declarar o nascimento do direito para logo declarar a sua extinção; mas também porque apenas se percebe que venha um outro beneficiário reclamar a prestação se o direito do primeiro não se chegar a constituir. Aqui, o facto impeditivo não compromete todos os potenciais direitos que adviriam de um sinistro, mas apenas o do seu causador.

Mesmo face aos argumentos de policiamento de um e outro regime, não cremos que uma distância se imponha. Está em todo o caso em causa uma questão de delimitação secundária do risco, como começámos por ver: trata-se sempre de saber se é adequado ou não extirpar certas condutas do segurado do âmbito do risco suportado pelo segurador, face à utilidade da cobertura por um lado e, pelo outro, à sustentabilidade financeira do segurador e às vantagens da diferenciação do produto "seguro". O problema do recurso à técnica jurídica da pura exclusão de riscos para estes fins seria o da falta de limitações que tal regime traz consigo; mas este problema não se coloca quando o regime está pré-determinado na lei. Vimos ser inescapável, também para efeitos da causação, mesmo dolosa, quando mediata ou omissiva, a comparação do comportamento com uma norma de conduta. Por outro lado, os argumentos de justa relação entre os fins prosseguidos pela norma e a consequência que ela encerra – ou seja, de proporcionalidade – procedem num caso

ou noutro⁶⁸⁸. Sendo uma conduta potenciadora do risco que em qualquer caso está em causa, é comum às duas sedes a ideia de que se pode jogar, por um lado, a eficácia dissuasora da consequência da adopção da conduta e/ou a extracção das suas consequências da esfera do segurador; e de que, por outro, se joga aquela proporcionalidade, vista antes de mais como proibição de um excessivo recorte do risco face ao sentido e fim do contrato – juízo este onde pode vir contemplada a atenção àquela eficácia dissuasora⁶⁸⁹.

f. Fundamentação do regime

Pareceria este breve excuro pela fundamentação do regime da causação voluntária do sinistro ser redundante, face à opção sistemática de tratar a fundamentação destes regimes em sede geral (Parte II.3). Face à conclusão de que se trata aqui de uma exclusão do risco, e não, como nos demais casos, de um dever de conduta ou ónus cujo não cumprimento faça extinguir a cobertura, parece-nos contudo importante reduzir a distância que assim pareceria ter-se afirmado.

Se a exclusão da cobertura de factos dolosos inicialmente se deveu a uma concepção apriorística do risco seguro como co-naturalmente despojado das circunstâncias da *causação voluntária* do sinistro – estas desafiarão a natureza accidental do sinistro e colocariam problemas inultrapassáveis de risco moral –, é certo que se manteve com a mudança de concepção do escopo do contrato e risco por ele transferido. A nossa lei é, ao nível da *fattispecie* em causa, um bom exemplo de como a própria causação dolosa do sinistro não é, em si, incompatível com a segurabilidade. Esta é colocada na dependência (ao menos de parte) dos parâmetros que a tornam materialmente relevante: a vontade comum das partes de inserir a cobertura de tal risco no sinalagma contratual e, como critérios-barreira, a ordem pública e a natureza do risco em causa, que pode repudiar ou atrair a cobertura da

⁶⁸⁸ Contra, EGON LORENZ, "Zur quotalen...", cit., pp. 860-861, estribando-se na contraposição entre o recorte do risco, próprio das exclusões, e a determinação da consequência jurídica para a violação de uma exigência de conduta, próprio das *Obliegenheiten*. Parece-nos uma clivagem superficial, dada a identidade de razões que identificámos e melhor identificaremos face a uma ou outra, e a identidade de interesses carecidos de tutela – a argumentação de fundo em geral usada para abordar um e outros dos regimes é aliás idêntica. Trata-se, como procurámos defender, de uma questão de técnica jurídica.

⁶⁸⁹ Assim, equacionando exactamente, como um dos pólos do juízo de proporcionalidade que deve fiscalizar o regime da causação do sinistro, a eficácia dissuasora da consequência, CLAUD-WILHELM CANARIS, "Vertstöße...", cit., p. 1004 (saliente-se que, conquanto o autor surja por vezes, face a este escrito, alinhado entre os defensores da natureza de *Obliegenheit* da causação do sinistro, não detectámos nele tomada de posição nesse sentido).

causação dolosa. São considerações paralelas às que outras ordens jurídicas, não afirmando na norma sobre causação dolosa, não deixam de acolher na previsão da supletividade desta norma, ou na sua reconfiguração ou omissão relativamente a certos tipos de seguro, como o de responsabilidade civil. O recortar de normas como as citadas tem, pois, a virtualidade de precisar a aplicação dos princípios que nesta sede protegem a contraparte (boa fé) ou o tráfico jurídico geral (ordem pública, bons costumes). Os argumentos da utilidade da cobertura assomam no labor de interpretação da norma, para lá das diferenciações estabelecidas pela letra da lei.

Estamos, pois, *em termos de fundamentação*, no mesmo terreno que pisamos em sede de *Obliegenheiten* ligadas ao risco seguro. A analogia com a fundamentação que vale relativamente ao dever de salvamento é flagrante⁶⁹⁰. Estando-se perante a valoração de condutas que podem compreender atentados a bens jurídicos, compreende-se que o fundamento da ordem pública – conjuntamente com o dos bons costumes, estando em causa bens próprios – possa assomar em grande medida nestes regimes, sobretudo *no policiamento dos próprios termos da convenção*⁶⁹¹. Também a boa fé, impondo condutas honestas e zelosas em atenção aos interesses de outro sujeito integrante de uma relação jurídica especial, pauta estes regimes, valendo como bitola pela qual se devem medir os comportamentos dos sujeitos ligados ao risco⁶⁹². Por outro lado, para cá das barreiras da injuntividade legal, a não cobertura de factos dolosos serve a delimitação do risco acolhido pelo segurador – e, como tal, o recorte do produto que este oferece. Aqui,

⁶⁹⁰ Isto mesmo é patente na letra do criticável art. 219.º do C. Pen, que se reporta conjuntamente às hipóteses de causação do sinistro ou agravamento das suas consequências.

⁶⁹¹ É o fundamento da ordem pública o privilegiado, para explicar o regime da causação dolosa, por ANTIGONO DONATI, *Trattato...II*, cit., pp. 134 e ss. ou BERNARD DUBUISSON, "La faute...", cit., p. 14586(3).

⁶⁹² Não falta, pois, quem (ERNST FRAMHEIN JR., *Die Herbeiführung...* cit., pp. 54-55) tradicionalmente aproxime o regime da causação dolosa das normas relativas à provocação ou impedimento da condição com violação da boa fé, correspondentes ao nosso art. 275.º, n.º 2, do CC – muito similar é a norma do § 162 do BGB; veja-se ainda o art. 1359 do *Codice civile*. Podendo haver certo diálogo entre as normas, não pode deixar de se salientar que tal aproximação apenas pode ser feita com as devidas cautelas. Como já foi sobejamente afirmado, a referência do contrato ao risco de seguro não corresponde à referência a um evento condicionante. A verificação do sinistro não determina o início da produção dos efeitos do negócio, ao modo de uma condição suspensiva – antes da sua ocorrência, o contrato produz os seus efeitos, manifestando-se o ónus ou dever de pagamento do prémio contra o estado de vinculação do segurador. E tão-pouco determina a destruição automática e retroactiva dos efeitos do negócio, ao modo de uma condição resolutiva – basta pensar que a ocorrência do sinistro determina exactamente que o segurado/beneficiário perceba a prestação seguradora. Acresce que, ao contrário da condição (CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., p. 562), o risco segurado pode referir-se a um evento contemporâneo à formação do contrato ou mesmo anterior a esta, desde que haja incerteza subjectiva quanto à sua ocorrência (risco putativo).

estaremos perante uma pura manifestação da autonomia privada no momento de tal recorte.

g. Causação do sinistro nos seguros de acidentes pessoais e de saúde

Estamos, *primo conspectu*, perante dois extremos do espectro. Do lado do seguro de acidentes pessoais, perante um recorte de sinistro à partida conceptualmente incompatível com a causação dolosa. Do lado do recorte do sinistro que tipifica o seguro de saúde, temos de uma banda o carácter normalmente voluntário do recurso aos cuidados de saúde; e de outra o grau de voluntariedade atinente às escolhas de vida da pessoa segura que influenciam directamente a necessidade de cuidados de saúde.

Em sede de seguro de saúde, vimos já que o ponto de referência do regime da causação dolosa apenas pode ser a alteração do estado de saúde subjacente ao recurso a cuidados de saúde – e não o recurso a estes, geralmente voluntário⁶⁹³. Já no seguro de acidentes, o dolo reporta-se à lesão corporal⁶⁹⁴. Em ambos os casos, estando em causa a percepção de prestações pré-determinadas, poderão relevar situações de causação de lesões corporais com dolo directo e intenção de provocar a percepção da prestação seguradora – são situações que a Medicina Legal mostra serem bem mais do que académicas, e face às quais o juízo do Direito é inequívoco⁶⁹⁵. A diferença entre um e outro dos tipos torna-se saliente na

⁶⁹³ WOLFGANG VOIT, "VVG § 201 Herbeiführung des Versicherungsfalles", *Prölss/Martin Kommentar*, CHRISTIAN ARMBRÜSTER/HEINRICH DÖRNER/DOMINIK KLIMKE/ULRICH KNAPPMANN (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 18.01.2014), nm. 3, exprimindo a posição geral, nos termos da qual o dolo se refere à doença ou acidente, e não à necessidade de cuidados de saúde a estes ligados ou aos custos com eles relacionados.

⁶⁹⁴ KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., pp. 110-111. Por outro lado, não se exige que a vontade de produção da lesão se mantenha durante todo o processo de produção desta (pp. 115-116): ainda que a pessoa segura se arrependa durante tal processo, num ponto em que não consiga já sustê-lo, a lesão não deixa de ser voluntária. O risco de produção do dano cuja cadeia causal de produção seja posta em marcha pela pessoa segura deve correr por sua conta. Os argumentos usados a este propósito são os da prevenção da fraude – uma tentativa de lesão fracassada, mas que causasse ainda danos, poderia ser apresentada como uma lesão voluntária interrompida – e de conformidade com o sentido atribuível por um segurado informado à noção de acidente voluntário. Porém, entende-se que se a pessoa segura efectivamente tentar interromper a cadeia causal de produção da lesão e fracassar, deve aceitar-se a involuntariedade da lesão.

⁶⁹⁵ Para o relato de uma ampla casuística, no âmbito da prática seguradora alemã, EBERHARD HILDEBRAND/KLAUS HITZER/KLAUS PÜSCHEL, *Simulation und Selbstbeschädigung – unter besonderer Berücksichtigung des Versicherungsbetrugs*, VVW, Karlsruhe, 2001, pp. 73 e ss. Valor sintomático – e comicidade trágica – tem o episódio narrado logo na p. 73, em relação ao período da hiper-inflação, em que se relata o facto de, perante a recorrência das fraudes implicando situações de auto-mutilação, uma empresa seguradora ter sido forçada a incluir na sua *newsletter* um "pedido de

concretização do que seja a actuação ainda dentro do risco contratualmente transferido, postulando uma interpretação teleológica do contrato. Enquanto que em relação ao seguro de acidentes relevará à partida a causação do sinistro com dolo eventual, não é assim em relação ao seguro de saúde. Aqui, o fim do contrato impõe que se compreenda no risco transferido à partida as hipóteses em que certas opções de estilo de vida do segurado possam implicar dolo eventual de causação de doenças – pense-se nos hábitos tabágicos ou alimentares. A esta interpretação teleológica do contrato não é alheia a ideia da adequação social das condutas – que releva, pois, não como um critério autónomo, mas como parâmetro de densificação das expectativas razoáveis de um tomador médio⁶⁹⁶.

A interpretação teleológica do contrato para disquisição de um standard de segurança contratual poderá ter já um relevo acrescido em relação aos seguros de acidentes no tocante às hipóteses de ponderação de bens, atinentes às lesões sofridas em virtude de actos de protecção do próprio ou de terceiro. Trata-se das situações em que a pessoa segura se expõe conscientemente ao risco de um dano para evitar danos mais graves para a sua pessoa ou a de terceiro⁶⁹⁷.

B. Agravamento do risco

a. Introdução. O sentido da regulação

Este dever liga-se às variações do risco ocorridas durante a execução do programa contratual que possam agravar a posição do segurador: perante a estrutura do contrato de seguro, cura-se, pois, de um "risco de agravamento do risco", sendo este último o risco coberto pelo contrato. Trata-se aqui de dar regulação específica às interferências que as alterações da realidade possam ter na execução contratual. Trata-se, antes de mais, de saber quem deve suportar os efeitos destas alterações que aumentam a probabilidade do sinistro ou a magnitude das suas consequências: se o segurador, caso se lhe não confira qualquer direito de modificação ou cessação

socorro pelos polegares ameaçados".

⁶⁹⁶ WOLFGANG VOIT, § 201, cit., nm. 5, admite a procedência da ideia de adequação social, por si; da nossa parte, cremo-la critério de interpretação teleológica do contrato.

⁶⁹⁷ KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., pp. 113-114. O autor fundamenta, porém, a solução com base na invocação directa de juízos de exclusão do dolo jurídico-penal – considera que se está aqui numa situação comparável à do estado de necessidade, justificante ou desculpante – está-se aqui perante uma situação de lesão de bens próprios, e não alheios, mas de resto, a situação de conflito, impondo o sacrifício de certos bens jurídicos para salvaguardar outros – o que não nos parece ser a metodologia mais correcta.

contratual, se o tomador/segurado, na hipótese inversa, ou se, de algum modo e por força de como a lei construa aqueles direitos, ambos. Estamos, pois, perante uma norma central no desenho da alocação do risco própria do contrato; desenho este que se completa, simetricamente, com a consideração do regime da redução do risco suportado pelo segurador.

As variações do risco seguro podem provir de dois conjuntos de factores: por um lado, de factores influenciáveis ou de algum modo controláveis pelo segurado; por outro lado, de factores pelo segurado não influenciáveis ou controláveis. Face ao primeiro conjunto de factores podem a lei ou o contrato *actuar preventivamente*, impondo ao segurado um *dever de não agravamento do risco coberto*, e determinando a perda do direito correlato ou a modificação ou cessação do contrato pelo segurador em caso de incumprimento. Face a factores influenciáveis ou não pelo segurado, pode, por outro, lado a actuação ser *a posteriori*. Aqui, atribui-se ao segurador um *direito de adequação ou cessação do contrato em caso de agravamento do risco suportado*, para maior *efectividade flanqueado por um dever do tomador ou segurado de comunicação dos agravamentos detectados*.

Trata-se aqui, como em relação ao conjunto dos deveres sob escrutínio, de *garantir a equivalência entre as atribuições* assumidas pelas partes⁶⁹⁸. E, com especial acuidade, cumpre-se neste conjunto normativo que dá resposta às variações do risco subjacente ao contrato uma *função de optimização do prémio*, eximindo o segurador a incluir *ab initio* no prémio cobrado a margem necessária a dar cobertura aos agravamentos do risco⁶⁹⁹.

A distribuição do risco contratual será, é bom de ver, diferente em função da modelação do regime em causa.

Assim, em face de um regime que faça decorrer do puro agravamento do risco seguro a faculdade de modificar ou fazer cessar o contrato, bem como a faculdade de recusar a contraprestação, tal "risco de agravamento do risco" coberto correrá, a

⁶⁹⁸ Cfr., por exemplo, ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 375 (com invocação, a este propósito, do interesse da *Gefahrengemeinschaft* – nm. 4); JEAN-LUC FAGNART, *Le contrat d'assurance*, Wolters Kluwer Belgium, Waterloo, 2012, pp. 163 e ss., reportando-se à protecção do equilíbrio contratual.

⁶⁹⁹ WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG § 23*, cit., nm. 3, e jurisprudência aí citada. Acentue-se, na linha do que dissemos atrás, *que se trata de uma função, e não de um dever*. A referência dos autores a uma "Prämienoptimierungsfiktion", e não a uma "Prämienoptimierungsfunktion" parece constituir claramente um lapso de escrita, desde logo por contraposição com a "Äquivalenzfunktion" referida pouco antes.

partir do seu limiar de relevância, por inteiro por conta do segurado. Estaremos aqui perante um mecanismo puramente objectivo de vigilância do sinalagma contratual. Já em face de um regime que condicione tais faculdades ao incumprimento de um dever imposto ao segurado ou tomador, assistiremos a uma maior partilha de riscos entre os dois lados do contrato. E, pressuposto por estes, um outro parâmetro interfere logo na *distribuição do risco seguro*: o do limiar de relevância do agravamento – da *densidade que se exija ao agravamento do risco* para abrir tais possibilidades de reacção ao segurador. Este regime não é, pois, compreendido quando se busca nele o escopo cego de garantir a manutenção de uma proporção geométrica entre atribuições; trata-se, sim, de garantir um equilíbrio justo e transparente entre estas⁷⁰⁰.

b. Antecedentes imediatos do regime do agravamento do risco e regime vigente

Nem o Código Ferreira Borges, nem o CCom conheciam um regime geral de imposição de deveres de não agravamento do dano ou de comunicação deste agravamento, tão-pouco conhecendo um regime que interferisse em caso de diminuição do risco.

À face do Código Ferreira Borges, tinha atinências com a matéria o regime dos arts. 1753., 1754., 1757. e 1784., que, em várias hipóteses de seguro marítimo e, face ao último artigo citado, de seguro sobre empréstimo a risco, regia as situações de mudança voluntária de rota, viagem ou navio, determinando que, quando tal mudança *fosse ainda imputável ao segurado, cessavam então as obrigações do segurador*⁷⁰¹. Note-se que esta mudança lhe era ainda imputável, mesmo que não tivesse nela consentido, quando este fosse o dono do navio em que seguiam as

⁷⁰⁰ Cfr., paralelamente, quanto ao regime da declaração inicial do risco, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "O dever de informação do (candidato a) tomador do seguro na fase pré-contratual à luz do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 387-445, pp. 396-398, sustentando que não se pode considerar que a nossa lei prossiga cegamente a tutela da identidade entre o risco real e o representado pelo segurador.

⁷⁰¹ Esta imputação ocorria, estando em causa seguro sobre o casco ou quilha, ou sobre o frete, quando a mudança ocorresse por facto do capitão ou dos donos do navio (art. 1753., parágrafo 1); ou, no caso de seguro feito sobre empréstimo a risco, por facto do tomador a risco (art. 1784). Estando em causa seguros de mercadorias, ocorria quando o segurado tivesse consentido em tal alteração (art. 1753., parágrafo 2), ou quando fosse o segurado o próprio dono do navio, independentemente do seu consentimento, já que devia então responder pelos factos do capitão, "seu proposto, e de sua escolha e confiança" (cfr. art. 1757., parágrafo 2) (DIOGO PEREIRA FORJAZ DE SAMPAIO PIMENTEL, *Anotações V*, cit., p. 108).

mercadorias seguras, o que correspondia assim a uma imputação da actuação de terceiro.

Tratava-se aqui, em suma, de forjar um *regime concreto de valoração do agravamento do risco*. Dois traços deste regime são salientes. Em primeiro lugar, a *rigidez da compreensão da preservação do equilíbrio entre as atribuições* que lhe vem subjacente, e que entronca numa compreensão igualmente rígida da regra *pacta sunt servanda*⁷⁰². Em segundo lugar, o juízo de alocação do risco contratual que lhe vem subjacente prolonga o que vimos já noutras sedes: que se trata aqui de *reservar para o segurador as hipóteses de caso fortuito e força maior, deixando por conta do segurado as variações do risco que procedam de facto imputável à sua esfera*. Porém, este juízo vem já moderado, exigindo-se, nos termos do art. 1754., que a alteração supere um determinado limiar de gravidade – não seja de pouca importância – e seja arbitrária – não tenha utilidade conhecida ou corresponda a uma necessidade⁷⁰³.

No âmbito do CCom, o agravamento do risco era relevado apenas em sede especial, pelos artigos 446.º, relativo ao seguro contra incêndios, e 459.º, relativo ao seguro de vida. A doutrina considerava, porém, que estes artigos consubstanciavam a emanção de um princípio mais geral vigente em sede de seguros e atinente à preservação de um equilíbrio económico e jurídico do seguro, com apelo crescente à equivalência das prestações em face do instituto da alteração das circunstâncias e à boa fé contratual⁷⁰⁴.

⁷⁰² Assim, DIOGO PEREIRA FORJAZ DE SAMPAIO PIMENTEL, *Anotações V*, cit., p. 108, que reconduz o regime à *ratio* de assegurar que o contrato é "recíproca e rigorosamente guardado" e que as alterações por parte do segurado ou com seu consentimento não prejudicam.

⁷⁰³ DIOGO PEREIRA FORJAZ DE SAMPAIO PIMENTEL, *Anotações V*, cit., p. 108.

⁷⁰⁴ Em sede de seguro de vida, já ALVARO DA COSTA MACHADO VILLELA, *Seguro...* cit., p. 212, tinha invocado as bases técnicas do seguro – o cálculo do prémio por referência à técnica estatística, de acordo com certas características do sujeito em causa – para justificar a dissolução do contrato associada à alteração do risco. Também FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Seguros...*, cit., p. 38, identifica como princípio geral o de que "o segurador tem o direito de rescindir o contrato sempre que a sua viciação estabeleça tais condições que se delas tivesse tido conhecimento não o teria realizado ou pelo menos não o teria realizado sob a forma estipulada" – princípio que é aplicado pelo autor também em relação aos agravamentos do risco, como forma de selecção operada pelo segurador para combater a anti-selecção na vigência do contrato. Numa argumentação de cariz mais vincadamente jurídico do que a dos autores antes citados, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., pp. 530 e 629, considera também aqui "presumível" a cláusula *rebus sic stantibus* para garantir ao segurador a desvinculação. A via seria a da aplicação analógica (art. 3.º do CCom) das disposições existentes no Código Comercial que traziam esta tutela para o Direito dos seguros – além das duas referidas acima, também o art. 608.º, aplicável ao seguro marítimo. A interpretação que o autor faz dos artigos – e, como tal, a regra geral que considera aplicável – é,

Ambas as disposições tratavam as hipóteses de agravamento do risco que relevavam quando, caso tal estado de coisas existisse ao tempo da contratação, o segurador não teria segurado as situações de exposição em causa, ou tê-lo-ia feito em condições diferentes (art. 446.º, corpo, e 459.º, corpo). Face a esta hipótese, o regime do seguro de incêndios conferia ao segurador o direito a declarar sem efeito o seguro, sendo tal direito assistido por um dever de comunicação atribuído ao segurado (art. 446.º, § 1.º). Este dever de comunicação deveria ser cumprido num prazo de oito dias, sob pena de anulação – *hoc sensu*, cessação – do contrato de seguro (art. 446.º, § 1.º e 2.º). Sendo-lhe comunicado o agravamento, o segurador dispunha de igual prazo para exercer o direito de fazer cessar o contrato. Por sua vez, o regime previsto para o seguro de vida parecia pressupor o exercício de um direito de cessação ou de modificação do contrato por parte do segurador em caso de agravamento, vindo limitar o exercício de tais direitos (art 459.º)⁷⁰⁵.

Tratava-se de um regime debatido, tanto ao nível dos seus pressupostos, como das suas consequências.

Sobre os pressupostos da aplicação deste regime, debruçou-se especialmente CUNHA GONÇALVES⁷⁰⁶. Segundo o autor, a cessação ou modificação do contrato dependem de três pressupostos: deveria haver a alteração de uma circunstância

porém, limitativa do que seria o alcance natural da regra (que abarcaria qualquer alteração imprevisível, não imputável à parte que dela se quisesse prevalecer e tal que, se a parte a tivesse conhecido à data da celebração do contrato, teria dele desistido – cfr, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *A teoria da imprevisão no Direito civil português*, Quid Iuris, Lisboa, 2001, pp. 21-28), já que o autor considera que o princípio geral que vale aqui é o de que o risco não pode ser transformado ou agravado, durante o contrato, pelo segurado. Acresceriam ainda, a fundar as regras sobre alteração do risco, o princípio da boa fé e a consideração da invariabilidade dos prémios estipulados (p. 629). Por sua vez, ARNALDO PINHEIRO TORRES, *Ensaio...* cit., pp. 111-112, considerava que o art. 429.º do CCom, que enquadrava a declaração inicial do risco, valia também para as informações relativas aos agravamentos do risco ocorridos na vigência do contrato, prevenindo que o risco aceite pelo segurador fosse afinal diverso do risco concretizado: no entender do autor, verificando-se um agravamento do risco, deveria o segurado acorrer a declará-lo ao segurador, sob pena de nulidade do contrato. Tal posição não mereceu acompanhamento doutrinal de relevo (cfr., aliás, crítico, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 92); e bem, dada a assintonia entre a nulidade, enquanto sanção para um vício genético do contrato, e a incidência do agravamento do risco, que se manifestava na vigência do contrato – conquanto não se deva deixar de assinalar a falta de rigor técnico com que o próprio CCom se referia às invalidades, desde logo, no art. 459.º, § único. Por sua vez, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., sobretudo pp. 87 e 92, corrobora a proposta de Cunha Gonçalves, no sentido da generalização, por analogia, do regime previsto nos arts. 446.º e 459.º, e sublinha que se trata aqui da protecção do equilíbrio entre as prestações das partes. O escopo de protecção da correspondência entre as prestações está também subjacente ao discurso de JOSÉ VASQUES, *Contrato...* cit., pp. 273 e ss – cfr., por exemplo, p. 275.

⁷⁰⁵ Assim, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 532, parece atribuir ao art. 446.º carácter supletivo e ao 459.º carácter imperativo.

⁷⁰⁶ LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., pp. 530-531.

essencial; de modo a que o segurador *não consentiria no contrato ou apenas o faria com previsão de cláusulas diferentes*; e devia tal alteração provir de *facto do segurado*. Os dois primeiros elementos resultam da formulação dos arts. 446.º e 459.º; o último, provém do entendimento do autor sobre a alocação dos riscos própria do contrato. Com efeito, só as transformações provindas da esfera do segurado – *hoc sensu*, se bem interpretamos o pensamento do autor, *provindas de actos voluntários*, abririam caminho à desvinculação ou modificação contratual pelo segurador⁷⁰⁷. A justificação para tal era a de que não se poderia sujeitar o segurado a um prejuízo por factos que lhe não fossem imputáveis; os factos de terceiro ou de força maior incluíam-se no elemento aleatório do contrato, devendo correr por conta do segurador⁷⁰⁸. Tal como nas tomadas de posição face à questão da causação voluntária do sinistro, identificamos um ponto de vista argumentativo gerado numa matriz conceptual: a da identificação necessária do sinistro com um caso fortuito ou de força maior (escorada no art. 439.º do CCom), salvo quando o contrato previsse algo diverso.

A tese de CUNHA GONÇALVES não passou incontroversa. O detractor que mais detidamente fundamentou a rejeição foi MOITINHO DE ALMEIDA, *recusando a limitação das hipóteses de relevância aos casos de actuação do segurado* à luz da *ratio* do regime: a de proteger o equilíbrio entre as prestações acordadas pelas partes⁷⁰⁹. Ora, este equilíbrio podia ser comprometido para lá dos casos de actuação do segurado. E o *facto de haver uma álea no contrato não determinava que toda e qualquer situação de incerteza não controlada pelas partes devesse ser suportada pelo segurador*: este apenas tinha aceiteado suportar o risco em troca da contraprestação acordada dentro de um certo condicionalismo.

Para além deste debate, a doutrina não se expande muito relativamente ao controlo da relevância do agravamento. Significativas são as circunstâncias que

⁷⁰⁷ Com certa similitude, conquanto sem densificar a ideia, FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Seguros...*, cit., pp. 581 e 610, retira dos arts. em causa a proibição de agravamento do risco pelo segurado.

⁷⁰⁸ LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 531; o autor reforça este entendimento a propósito do seguro de vida, na p. 630, face ao agravamento do risco para a vida do terceiro cuja vida se segurou: não sendo este parte no contrato, a sua actividade deveria ser tida como um caso de força maior.

⁷⁰⁹ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., pp. 92-93. A tese de Cunha Gonçalves fora também já rechaçada, sem grandes desenvolvimentos, por ARNALDO PINHEIRO TORRES, *Ensaio...* cit., pp. 111-112, que parece aceitar como relevantes todos os agravamentos objectivos de risco que não fossem insignificantes. Posteriormente, também JOSÉ VASQUES, *Contrato...* cit., p. 273, coloca a par, também sem grandes desenvolvimentos, os agravamentos originados e não originados pelo segurado.

*aumentem a probabilidade ou intensidade do sinistro*⁷¹⁰. Admite-se que o contrato determine as circunstâncias cuja alteração considera relevante para estes efeitos; mas a questão do recorte permanece quando não haja estipulação específica⁷¹¹, ou para lá destas. CUNHA GONÇALVES defende que, para densificar a essencialidade da circunstância, *deveria intervir o prudente arbítrio do julgador*. Este pode usar como elementos de apreciação os critérios gerais de tarifação daquele ou doutro segurador; o segurado não pode porém invocar a seu favor tratamentos privilegiados dados a outros segurados. Face à falta de fechamento do critério que propõe, Pinheiro Torres considera ser de aconselhar aos segurados que declarassem toda e qualquer modificação que se produzisse no risco, pois mesmo o carácter agravante ou redutor do risco era amiúde dúbio⁷¹².

Era, de todo o modo, perante um agravamento assim definido que se colocava o dever do segurado de proceder à comunicação, positivado quanto ao seguro de incêndios. Possivelmente por proximidade face ao regime da declaração inicial do risco, a *doutrina tendia a requerer o conhecimento efectivo, pelo segurado, da circunstância agravante*⁷¹³. Veremos que o incumprimento doloso deste dever acarreta, para alguma doutrina, a aplicação de consequências mais gravosas do que as da simples cessação do contrato.

Na articulação entre o agravamento e as respectivas consequências jurídicas, é maioritária uma interpretação rigorosa, assente na ideia de que o segurador teria efectivamente suportado um risco superior ao remunerado pelo prémio percebido. Assim, *rejeita-se a interferência de qualquer juízo de causalidade, de duração, ou de permanência (actualidade) do agravamento*⁷¹⁴.

Dado o silêncio do Código a respeito da diminuição do risco, esta preocupação central com a equivalência não encontra, porém, o prolongamento lógico inequívoco que se imporia. Oscila-se, assim, entre a severidade da sua

⁷¹⁰ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 87.

⁷¹¹ LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., pp. 630 e, quanto ao que se diz de seguida, p. 531. Na verdade, o autor toma de um modo rígido esta consideração das estipulações contratuais: a estipulação de um elenco de cláusulas de exclusão ou modificação da cobertura excluía a consideração de quaisquer outras circunstâncias; e dispensava de qualquer juízo quanto à essencialidade das circunstâncias contratualmente recortadas. Claro está que não se pode sufragar tal apriorismo; urge, sim, interpretar o contrato.

⁷¹² ARNALDO PINHEIRO TORRES, *Ensaio...* cit., pp. 111-112.

⁷¹³ Assim, ARNALDO PINHEIRO TORRES, *Ensaio...* cit., pp. 111-112.

⁷¹⁴ LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., pp. 531-532, como tal criticando, vg., a doutrina italiana que considera irrelevante o agravamento do risco de curta duração, feito a título de experiência e revertido finda esta – o autor salienta que o sinistro poderia ocorrer durante tal experiência –, e JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., pp. 76, 80-81, 91.

irrelevância, nas formulações mais antigas (CUNHA GONÇALVES⁷¹⁵) e a busca de expedientes interpretativos que permitam reflecti-la nas condições contratuais (MOITINHO DE ALMEIDA⁷¹⁶ ou JOSÉ VASQUES⁷¹⁷).

Em resultado do agravamento do risco, o segurador tinha direito a requerer a cessação dos efeitos do contrato – correspondendo à resolução, embora a lei usasse incorrectamente o termo anulação – ou a propor a sua modificação – embora apenas o art. 459.º, corpo, se referisse a esta (e para a limitar) esta era admitida sem hesitações⁷¹⁸. As consequências desta cessação eram porém controvertidas, procurando corrigir-se a rigidez do art. 459.º, § único, que previa (sem paralelo no art. 446.º) que, no caso de anulação, o segurador deveria restituir metade do prémio recebido, com o apelo ao sinalagma contratual, daí procurado retirar consequências quanto à divisibilidade do prémio⁷¹⁹. Relativamente à modificação do contrato,

⁷¹⁵ LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 532, entendendo que tal diminuição aproveita ao segurador, salvo quando a apólice dispuser diversamente.

⁷¹⁶ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., pp. 86-87, remetendo para 84-85, considera não ser justo que o segurado permaneça vinculado a um prémio superior ao correspondente ao actual estado de coisas; nem impor ao segurador uma diminuição de prémio com que não concordasse. Assim, o segurado teria a faculdade de resolver o contrato, mantendo o segurador apenas os prémios correspondentes ao risco suportado até à data da comunicação desta diminuição. Não é, porém, claro se o autor se pronuncia no plano do direito já constituído ou a constituir.

⁷¹⁷ JOSÉ VASQUES, *Contrato...* cit., p. 275, admitindo, por aplicação do princípio da correspectividade das prestações e aplicação analógica do art. 446.º do CCom, que uma diminuição do risco devesse dar lugar a uma modificação das condições exigidas pelo segurador; não dizia, porém, como se protegeria o segurado face à omissão ou não aceitação da modificação.

⁷¹⁸ LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 535, alega que esta seria mesmo a consequência mais frequente do agravamento do risco; já antes, FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Seguros...*, cit., pp. 39-48 e 585, salvaguardando não haver regras constantes para tarifação dos contratos, entrando aí considerações de tática seguradora, considerava que o sobre-prémio deveria ser a resposta normal ao sobre-risco, reservando-se a rescisão contratual para "anormalidades excepcionaes no risco". Mais recentemente, por exemplo, JOSÉ VASQUES, *Contrato...* cit., p. 274.

⁷¹⁹ A disposição foi alvo de várias críticas, verberando-se a arbitrariedade do seu regime: reportando-se a todo o prémio vencido, correspondente a risco já suportado ou não, poderia arbitrariamente prejudicar o segurador (caso já tivesse suportado risco correspondente a mais do que metade do prémio vencido) ou o segurado (caso o risco suportado correspondesse a menos de metade do prémio vencido). Para repor a equivalência perturbada, justo seria que o segurador devolvesse todo o prémio – e só este – correspondente a risco ainda não suportado – o montante da reserva matemática, adicionado à parte do último prémio pago que visasse remunerar a suportação de risco por um período que agora não chegasse a correr. Neste sentido, ALVARO DA COSTA MACHADO VILLELA, *Seguro...* cit., p. 213; mais recentemente, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 374. Aceitando como bom este ponto de partida, fincado na divisibilidade do prémio, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 93, introduz aqui uma *nuance*: caso tivesse havido omissão dolosa da comunicação do agravamento ao segurador, o segurado perderia a totalidade do prémio vencido no período contratual em causa, por aplicação analógica do regime do art. 429.º. Também ADRIANO ANTHERO, *Comentário...* cit., pp. 194 e 216, defende a aplicação de consequências diversas em função de haver boa ou má fé do segurado, por analogia com o disposto nos arts. 429.º, 437.º, 2.º e 459.º, donde decorreria a aplicação da consequência jurídica da retenção da totalidade do prémio em caso de má fé do segurado, tal como face ao art. 429.º, ou de metade deste em caso de boa fé do segurado, tal como face ao 437.º, 2.º e 459.º, § único.

MOITINHO DE ALMEIDA, num plano aparentemente apenas de *lege ferenda*, salienta que se deveria prever o direito do segurador a ser ressarcido dos prejuízos decorrentes da recusa pelo segurado de uma sua proposta de modificação contratual mediante aumento razoável dos prémios⁷²⁰.

À semelhança do que faz o CCom, a doutrina não autonomiza inicialmente a questão dos efeitos do agravamento sobre um sinistro entretanto ocorrido. A tendência parece, porém, ser a da *protecção do segurado de boa fé*, dando-lhe plena cobertura nesse hiato. É isso o que decorre da afirmação de que, com a previsão dos prazos para comunicação do agravamento e exercício dos direitos pelo segurador, se procurava não deixar de imediato o segurado desprovido de protecção⁷²¹. Similar é a posição de MOITINHO DE ALMEIDA, embora não seja claro se a limita ao plano de *iure condendo*⁷²². A solução defendida pelo autor, face a uma situação de conflito entre o interesse do segurado que cumpriu o seu dever de comunicação do agravamento e o do segurador em não cobrir um sinistro que exprima um risco superior ao prémio cobrado, é a de privilegiar o interesse do segurado. O autor não é porém claro quanto a defender ou não que o segurado deva pagar retroactivamente um sobre-prémio correspondente ao risco assim efectivamente suportado pelo segurador – por comparação com a sua proposta de regime no caso paralelo de incorrecção na declaração inicial do risco, em que propugna pelo pagamento na proporção entre o prémio pago e o que seria efectivamente devido, parece, porém, no caso da cobertura de risco agravado, pressupor tal sobre-prémio⁷²³. Esta *alocação do risco deveria porém ser alterada caso o segurador nunca tivesse aceite o contrato se o estado actual de coisas existisse ao tempo da contratação*. Embora o autor não o diga expressamente, parece entender que, nesse caso, se daria o segurador por desonerado. À luz da *ratio* de tutela do equilíbrio entre as prestações das partes, rejeita-se que tal desoneração esteja subordinada aos requisitos da causalidade entre o agravamento e o sinistro, da durabilidade do agravamento, ou da sua imputação à vontade do segurado⁷²⁴. Emitiu opinião

⁷²⁰ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 91.

⁷²¹ ARNALDO PINHEIRO TORRES, *Ensaio...* cit., p. 161.

⁷²² JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 91.

⁷²³ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 78.

⁷²⁴ Além da citada p. 91, veja-se, para o lugar paralelo da declaração inicial do risco, a igual recusa dos requisitos da causalidade entre o facto incorrectamente declarado e o sinistro ocorrido e da existência desse facto ao tempo do sinistro – JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., pp. 76 e 80-81 –, em nome da defesa do equilíbrio entre as prestações, já que, caso contrário, o segurador seguraria riscos correspondentes a um prémio superior.

diversa, posteriormente, JOSÉ VASQUES⁷²⁵. Segundo o autor, caso tivesse havido cumprimento do dever por parte do segurado e o sinistro ocorresse antes de o segurador se pronunciar quanto à modificação ou cessação do contrato, *deveria aquele ser coberto, ainda que tal risco fosse de molde a levar o segurador a não querer manter o contrato*. A solução seria a mesma se o segurado não tivesse cumprido, por desconhecimento sem culpa, o seu dever de comunicação. Se o segurado tivesse incumprido, por negligência, este dever, haveria que distinguir: se se tratasse de risco que o segurador não teria aceitado cobrir, este exonerar-se-ia; se o segurador tivesse aceitado cobrir tal risco em condições diversas, seria a sua prestação reduzida na proporção entre o prémio actual e o resultante das novas condições. O ónus da prova relativo à sua conduta hipotética caberia ao segurador. No caso de actuação fraudulenta do segurado, o segurador exonerar-se-ia.

O regime actualmente vigente é dono de uma densidade regulativa muito maior – assim, além de ter alcance geral, dá regulação expressa às hipóteses de ocorrência do sinistro sem que tenha havido lugar a resolução ou modificação do contrato.

O regime geral encontra-se plasmado nos arts. 93.º e 94.º do RJCS, ambos com *natureza semi-imperativa em sede de seguros de massa* (art. 13.º, n.º 1). Do art. 93.º, n.º 1, decorre para o tomador de seguro ou segurado, no prazo de 14 dias a contar do conhecimento do facto, o dever de comunicar ao segurador as circunstâncias que agravem o risco, desde que estas, se conhecidas pelo segurador aquando da celebração do contrato, tivessem podido influir na decisão de contratar ou nas condições do contrato. O conhecimento do agravamento dá ao segurador o direito a, no prazo de 30 dias, propor uma modificação contratual (art. 93.º, n.º 2, a)), ou a resolver o contrato, quando *demonstre que em caso algum celebra contratos que cubram riscos com as características resultantes do agravamento* (art. 93.º, n.º 2, b)).

O cumprimento ou incumprimento do dever de comunicação prescrito ganha relevo em caso de ocorrência de um *sinistro influenciado pelo agravamento ocorrido*, sem que tenham ainda produzido efeitos a modificação ou cessação contratual.

⁷²⁵ JOSÉ VASQUES, *Contrato...* cit., p. 274. O autor não expõe, porém, os fundamentos da sua posição.

Nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 94.º, conjugado com o n.º 2 do mesmo artigo, se o *dever de comunicação tiver sido correcta e tempestivamente cumprido*, o segurador cobre o risco na sua totalidade, ainda que *nunca cubra riscos daquela natureza*, desde que o agravamento não provenha de facto do segurado ou tomador.

Nos termos da al. b) do n.º 1 do art. 94.º, conjugado com o n.º 2 do mesmo artigo, se o *dever de comunicação não tiver sido correcta e tempestivamente cumprido*, o segurador cobre o risco, mas apenas na proporção entre o prémio cobrado e aquele que seria devido em função das reais circunstâncias do risco, ainda que nunca cubra riscos daquela natureza, desde que o agravamento não provenha de facto do segurado ou tomador.

Por último, nos termos do art. 94.º, n.º 1, c), ocorrendo *um comportamento doloso do tomador ou do segurado com o propósito de obter uma vantagem*, o segurador pode recusar a cobertura e reter os prémios vencidos.

Este regime apenas logra ser compreendido se convocarmos o seu complementar simétrico, atinente à redução do risco, presente no art. 92.º do RJCS. Nos seus termos, ocorrendo uma *diminuição inequívoca e duradoura do risco com reflexo nas condições do contrato*, o segurador deve, a partir do momento em que tenha conhecimento das novas circunstâncias, reflecti-la no prémio do contrato (n.º 1). Na falta de acordo relativamente ao novo prémio, assiste ao tomador do seguro o direito de resolver o contrato (n.º 2). O n.º 1 deste artigo é legalmente qualificado como semi-imperativo; apesar da omissão da lei a respeito do n.º 2, a doutrina reconhece-lhe também carácter semi-imperativo⁷²⁶.

Na apreciação geral do regime nacional, começemos por fixar os limites da sua extensão, face ao universo que aqui nos ocupa. Inscrevendo-se no Título I do RJCS, que estabelece o regime comum aos seguros de pessoas e de danos, as normas teriam vocação de aplicação universal. Porém, no tocante aos seguros de pessoas, a aplicação dos preceitos relativos ao agravamento do risco é, nos termos do art. 190.º, expressamente recusada face aos *seguros de vida, de um modo geral*, e, no tocante ao *agravamento do estado de saúde da pessoa segura*, face às *coberturas de acidente, invalidez por acidente ou doença que sejam*

⁷²⁶ Assim, ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, "Art. 92.º", cit., p. 352, aduzindo que uma cláusula contrária, num contrato de seguro a longo prazo, seria claramente abusiva, por "eternizar a não correspondência entre as prestações do sinalagma".

complementares dos seguros de vida. Também se recusa a sua aplicação aos *seguros de saúde*, no tocante às *alterações do estado de saúde da pessoa segura*, nos termos do art. 215.º, a). Diferentemente, o regime da redução do risco tem um efectivo alcance geral.

c. O sentido do dever de comunicação perante as consequências jurídicas do agravamento do risco

Encontramos também na generalidade dos ordenamentos vizinhos a previsão de um dever de comunicação do agravamento do risco ao segurador⁷²⁷⁻⁷²⁸. Neste conjunto, o direito português destaca-se por fixar o prazo para o respectivo cumprimento através de um termo fixo (14 dias), não relegando tal determinação para outras sedes, por a omitir ou fixar por cláusula geral. Adiantemos para já que, como pressuposto subjectivo mínimo para a constituição do dever, é necessário o *conhecimento efectivo da circunstância agravante*, não se exigindo já porém a representação desta sua qualidade.

⁷²⁷ Cfr. o art. 1898, 1, do Codice civile italiano; o art. 11 da LCS e, identicamente, o art. 581-10 do *Anteproyecto*; o art. 81. da LA; o § 23 da VVG; o art. 769 do CC brasileiro; os arts 4:201 e 4:203 dos PEDCS (que operam nesta matéria como limite às cláusulas contratuais eventualmente pactuadas, deixando ao mercado a decisão de retirar ou não consequências do agravamento – PROJECT GROUP RESTATEMENT OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW, *Principles of european...* cit., p. 186, comentário 2 ao art. 4:203); ou o art. L 113-2, 2.º, do Cod. Ass. Relativamente a esta última disposição, diga-se que o regime da consequência jurídica não é de leitura evidente, limitando-se a lei a prever um regime para a declaração tardia (cuja definição é, desde logo, controvertida – cfr. Leduc in HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 462-464), nos termos de uma norma final semi-imperativa: o contrato poderá prever a perda da prestação ("déchéance") caso a intempestividade da declaração tenha causado um dano ao segurador (L113-2, antepenúltima alínea). Perante esta previsão restritiva, a jurisprudência tende a enquadrar as hipóteses de pura omissão ou inexactidão da declaração no regime da violação do dever de declaração inicial do risco (L113-8 e L113-9). Tal leva, porém, a antinomias normativas, como a que se ilustra com o seguinte exemplo: caso o segurador sofra dano com a mera declaração tardia e esteja prevista a exoneração, o segurado perde totalmente o direito à prestação em caso de mero atraso na declaração do agravamento; caso tenha omitido negligentemente o dever de comunicação, haverá lugar a uma mera redução proporcional da prestação em caso de sinistro (art. L113-9). Sobre o sistema e as perplexidades que gera, cfr., por todos, Leduc in HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 454 e ss. Não assim no Direito inglês, onde não há nenhum dever de informar o segurador de agravamentos do risco depois da celebração do contrato: os deveres de informação relativos ao risco cessam com tal celebração. Cabe ao contrato prever regime diverso – estando então a cláusula em questão sob o escrutínio das disposições sobre "unfair contract terms". Veja-se quanto diremos à frente, em texto.

⁷²⁸ O art. 1898, 1.º, do Codice civile refere-se ao "obbligo di dare immediato avviso"; similarmente, o art. 11. da LCS refere-se ao dever de comunicar "tan pronto como sea posible"; o Código Civil brasileiro refere-se também, no art. 769.º, ao dever de comunicar "logo que saiba". A VVG refere-se ao dever de notificação sem demora ("unverzüglich"), uma vez obtido o conhecimento do agravamento. O art. 4:202, 2, dos PDECS estabelece apenas que quando imposto na respectiva cláusula, o prazo para a comunicação do agravamento deve ser razoável. A LA não estabelece um prazo específico (art. 81., §1.º, *a silentio*). O prazo previsto pelo RJCS aproxima-se, pois, apenas do Cod. ass, que estabelece um prazo de 15 dias contados do momento da tomada de conhecimento (L 113-2, 3.º).

É fundamental, para perceber o sentido do regime do agravamento do risco e o recorte da distribuição típica do risco que dele resulta, *expor a articulação entre o dever de comunicação e as consequências jurídicas do agravamento*. Com efeito, se é o próprio facto objectivo do agravamento do risco a abrir as portas à modificação ou cessação contratual pelo segurador, vemos ser aqui o "risco contratual de variação do risco seguro" partilhado entre as partes: o dever de comunicação virá concebido pelo ordenamento precipuamente como o modo normal de levar o agravamento ao conhecimento do segurador. Se a possibilidade de reposição da equivalência ou cessação do contrato apenas se abre nos casos de violação do dever de comunicação, vemos que a lei assaca principalmente ao segurador aquele risco de variação, fazendo-o apenas pender para o lado do segurado a título de sanção pela falta de cooperação contratual.

aa) Modificação ou resolução contratual

No ordenamento nacional, o accionamento da modificação ou cessação do contrato não depende da violação do dever de comunicação do agravamento do risco. Este dever funciona, pois, para estes efeitos, como veículo preferencial de tutela da tomada de conhecimento, pelo segurador, da alteração da situação do risco que lhe permite pôr em marcha os seus direitos – como, portanto, *um mero auxiliar na reposição do equilíbrio contratual*. A previsão de mecanismos de tutela do equilíbrio contratual em face do agravamento do risco coberto resultava já, como vimos, das disposições do CCom; e é recorrente no direito comparado que nos é mais próximo. Na generalidade destes ordenamentos, a resolução ou modificação contratual tão-pouco pressupõem o incumprimento de qualquer dever, sendo pura consequência objectiva da modificação das circunstâncias subjacentes ao contrato⁷²⁹. Outros ordenamentos, sem negarem a faculdade de modificar ou fazer cessar o contrato pelo facto objectivo do agravamento do risco, modelam os efeitos de tal consequência de acordo com o incumprimento de um dever do segurado ou tomador – quer do dever de comunicação de um agravamento do risco, como no caso dos PDECS⁷³⁰, quer do dever de não agravar o risco, como no caso da VVG⁷³¹

⁷²⁹ É o caso dos ordenamentos belga, espanhol (sendo tal aspecto também retomado no Anteproyecto), italiano, ou francês.

⁷³⁰ Os PDECS pronunciam-se relativamente às cláusulas que dêem ao segurador o direito a fazer cessar o contrato em caso de agravamento do risco, determinando que tal direito deve ser exercido

pelo segurador no prazo de um mês contado do momento em que o agravamento lhe seja conhecido ou cognoscível, mediante comunicação escrita dirigida ao tomador (4:203, 1). O regime não tem, porém, carácter inteiramente objectivo, sendo a data da produção de efeitos pela resolução do contrato influenciada pelo incumprimento do dever de comunicação do agravamento: no próprio momento da resolução, caso o incumprimento do dever haja sido intencional, ou passado um mês da resolução, nos restantes casos (4:203, 2). O regime é dotado de carácter semi-imperativo (art. 1:103, 2), podendo porém debater-se se, no tocante ao incumprimento intencional pelo tomador, estamos perante um artigo concernente a comportamentos fraudulentos, tendo como tal carácter injuntivo (art. 1:103, 1).

⁷³¹ Esta não constitui, porém, orientação pacífica, havendo doutrina que configura a modificação ou cessação do contrato como consequências não do facto objectivo do agravamento, mas necessariamente da violação de um dever. Limitemo-nos, antes de mais, a dar conta do conteúdo dos preceitos relevantes. A VVG veda ao tomador que, depois da emissão da sua declaração negocial, proceda ao aumento do risco ou autorize a terceiro que o faça (§23, I). Seguidamente, impõe-lhe o dever de comunicar os agravamentos de risco ocorridos no mesmo arco temporal, quer procedam de facto praticado por si ou por terceiro que haja a tal autorizado, quando apenas *a posteriori* o tomador se tenha apercebido de tal resultado (§23, II), quer procedam de facto alheio à vontade do tomador (§23, III). Ora, se o tomador *incumprir com dolo ou negligência grosseira o dever de não agravar o risco*, o segurador poderá rescindir o contrato *sem qualquer pré-aviso*, dentro do prazo de um mês a contar da tomada de conhecimento do agravamento (§24, I). O incumprimento doloso ou grosseiramente negligente presume-se (§24, I, 1); se o tomador afastar a presunção, o segurador pode *provar negligência simples e rescindir mediante pré-aviso de um mês* (§24, I, 2). Paralelamente, ocorrendo um agravamento do risco nos termos do §23, II e III, o segurador poderá rescindir o contrato *mediante pré-aviso de um mês*, (§24, II). Em qualquer caso, o direito do segurador a rescindir caduca no prazo de um mês a contar da tomada de conhecimento do agravamento, bem como no caso de o estado de coisas que existia antes do agravamento ser repostado (§24, III). Em alternativa à rescisão, o segurador poderá proceder à modificação do contrato, nos termos do §25, que abrem ao segurador a hipótese de proceder a um *aumento do prémio adequado ao agravamento, de acordo com os princípios subjacentes à sua prática negocial, ou de excluir a cobertura do risco* (§ 25, I); se o aumento do prémio exceder dez por cento ou houver lugar à exclusão do risco agravado, o tomador pode denunciar o contrato sem pré-aviso, no prazo de um mês (§25, II). Todo este regime tem carácter semi-imperativo (§32).

A interpretação do § 24 dá, como indicámos, lugar a controvérsias. Literalmente, o artigo parece acolher dois regimes de intencionalidade diferente. Assim, no inciso I, o §24 regularia a consequência jurídica da violação de um dever – o dever de não agravamento do risco ou autorização de agravamento; já no inciso II, associaria uma consequência ao facto objectivo do agravamento do risco. Ou seja, a faculdade de rescisão mediante cumprimento do prazo de pré-aviso de um mês conferida pelo §24, II, manter-se-ia aí independentemente do cumprimento do dever de comunicação prescrito no § 23, II e III, para que o dito inciso remete. Esta é a posição, por exemplo, de JÜRGEN PRÖLSS, "§ 24", *Prölss/Martin Kommentar*, C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 05.04.2011), nm. 4 e 7, e HANNES UNBERATH, "Die Leistungsfreiheit des Versicherers – Auswirkungen der Neuregelung auf die Kraftfahrtversicherung", *NZV*, 2008, pp. 537-542, p. 539. Diversamente, WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, "VVG § 24 Kündigung wegen Gefahrerhöhung", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 10.09.2012), nm. 2 e 10 e ss. consideram que ambos os incisos sancionam o incumprimento de deveres – respectivamente, do dever de não agravamento e do dever de comunicação. Assim, enquanto que para a primeira das posições o direito a fazer cessar o contrato se abre pelo mero facto objectivo de um agravamento do risco, enquadrado pelos incisos II e III do §23, para a segunda delas tal via apenas se abre perante a violação culposa de um dever: uma das pedras de toque do novo regime seria exactamente a de a ausência de culpa não mais poder prejudicar o tomador (cfr. WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG § 23*, cit., nm. 271). Nesta diferente tomada de posição, além de argumentos mais formais – literais, para a primeira posição, e históricos, para a segunda –, parece desenharse uma questão de fundo. É sintomático, desde logo, que, face à clara exigência, pelo § 24, I, de pelo menos negligência ligeira para espoletar as respectivas consequências, que as diferentes posições sejam sensíveis a diferentes discrepâncias valorativas colocadas por esta norma. Assim, HANNES UNBERATH, "Die Leistungsfreiheit...", cit., p. 539, e JÜRGEN PRÖLSS, § 24, cit., nm. 4, assentam em que o inciso II do § 24 abre ao segurador a possibilidade de se desvincular quando a relação de equivalência subjacente ao contrato se veja

comprometida por um agravamento do risco. Aqui, a contradição valorativa estaria no facto de que, ao passo que o segurador que visse a relação de equivalência contratual comprometida por agravamento do risco imputável ao tomador, mas de que este apenas se apercebesse posteriormente (§23, II), se poderia desvincular do contrato, da mesma faculdade não gozaria o segurador que visse a equivalência comprometida por facto imputável ao tomador e de que este se apercebesse (§23, I), desde que este facto não fosse culposo. Considera Jürgen Prölss ser de constitucionalidade duvidosa tal vinculação do segurador a um contrato em face do qual a relação de equivalência estivesse comprometida: por um lado, tal violaria o art. 2 da GG (supomos que o autor se refira ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade); por outro, violaria o art 3 da GG, atinente ao princípio da igualdade. Que o § 24, I, teria, diversamente, o escopo de sancionar o incumprimento do dever previsto no §23, I, seria desde logo visível na exigência de culpa para retirar consequências de tal incumprimento. A negligência grosseira seria o patamar mínimo para a faculdade de dissolução imediata do vínculo; a negligência simples abriria a possibilidade de rescisão mediante pré-aviso de um mês. Diversamente, Wrabetz e Reusch vêem no dito inciso I do § 24 como problemática a *sufficiência* da negligência ligeira para o accionamento de qualquer consequência associada à violação de *Obliegenheiten*. Tal estaria em contradição com o estabelecimento da negligência grosseira como limiar mínimo para a relevância da violação de *Obliegenheiten*, imposto pela nova VVG (cfr. §§ 28 e 81), conforme intenção do legislador histórico (cfr. ALEMANHA, *VVG-RegE*, cit., p. 49; para o que dizemos de seguida, p. 67.). Porém, segundo a fundamentação do projecto de VVG, de 2006, esta maior severidade apenas se justificaria dado o impacto duradouro da violação do dever de não agravar o risco sobre o contrato – o que parece merecer a concordância dos autores. Se bem interpretamos o pensamento dos autores, na hipótese de violação sem culpa, mas com consciência, dos deveres previstos no § 23, I, poder-se-ia aplicar directamente o regime do § 23, II, e por essa via, o do § 24, II (numa solução tributária do pensamento de ANNEMARIE MATUSCHKE-BECKMANN, "§ 24", in *Bruck/Möller, I*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/KATHARINA JOHANNSEN/RALF JOHANNSEN (coord.), *De Gruyter Recht*, Berlim, 2008, pp. 758-765, p. 760; note-se ainda que a autora, sem se pronunciar face à polémica aqui em debate, parece reconhecer, exactamente, por contraposição, ao segurador a faculdade de se desvincular nas hipóteses de mero agravamento objectivo). Tal não implicaria, porém, a concessão ao segurador da possibilidade de se desvincular pelo mero facto objectivo do agravamento do risco; a faculdade de desvinculação dependeria da violação do dever de comunicação prescrito no § 24, II - dever cuja violação, apesar de a letra da lei não o dizer expressamente, apenas poderia, por analogia com o § 121 BGB, relevar quando culposa e, na sistemática da VVG, relevar quando a negligência em causa fosse grosseira. A polémica não se colocava à face da anterior VVG, onde decorria claramente da letra da lei (§ 27, I) que o direito de rescisão resultava do agravamento objectivo do risco, não sendo consequência ligada à violação do dever de informação. Por sua vez, no tocante aos agravamentos subjectivos, era claro bastar um agravamento não culposo para accionar o direito de rescisão (letra do § 27, I, frase 2); a violação do dever de comunicação de um agravamento do risco procedente da própria esfera não se ligava à consequência da rescisão, mas apenas influía sobre os efeitos da perda do direito à prestação (confronte-se a letra do § 24, I, e do § 25). Assim, ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 390, nm. 3, afirmavam que o direito de rescisão era consequência da violação da "Gefahrstandspflicht", e não da "Anzeigepflicht". Os mesmos autores, na p. 398, nm. 6, afirmavam, aliás, directamente, que a rescisão era, à face do dever ("Obliegenheit") de não agravar o risco, a consequência da violação de um dever; mas que, face dos agravamentos objectivos do risco, já não era consequência da violação de um dever, mas sim um expediente instituído para protecção da comunidade de risco.

Tão-pouco nos parece, à face da actual VVG, que considerações respeitantes à correcção dos rigores do "Alles-oder-nichts Prinzip", atinente ao sancionamento, "para o passado" – *hoc sensu*, deixando sinistros entretanto ocorridos sem cobertura ou com cobertura reduzida – da violação de *Obliegenheiten*, possam ser sem mais alargadas para o âmbito de remédios *funcionalmente colimados à tutela, para o futuro, do sinalagma contratual*, correspondendo à modificação ou cessação do contrato na medida da alteração dos factores de modelação da atribuição do segurador. Parecem, assim, procedentes os argumentos materiais apresentados por Jürgen Prölss e Unberath. A tomada de posição de Wrabetz e Reusch não deixa de ser aliás curiosa, já que são exactamente estes autores quem mais acentua a relação entre o regime aqui em apreço e o regime geral da alteração de circunstâncias – que, como é sabido, não se prende com a violação de deveres.

⁷³² No § 1.º, o CC brasileiro dispõe que o segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao

No Direito português vigente, uma ligeira modulação é também introduzida por quem considere que a declaração de resolução não produz efeitos logo a partir da respectiva recepção, mas que se aplica aqui, para protecção do segurado face a uma cessação imprevista do contrato, o prazo de pré-aviso previsto para o incumprimento negligente do dever de declaração inicial do risco⁷³³ – consistindo aqui a modulação na diferença de tratamento entre os incumpridores dolosos do dever e os incumpridores negligentes ou cumpridores. Trata-se aqui, nas hipóteses em que se exige o segurador a observar um prazo de pré-aviso, de lhe permitir pôr fim com brevidade ao seu estado de vinculação ao dever de efectuar a prestação convencionada para o caso de sinistro. Nas hipóteses em que se impõe que medeie um período entre o conhecimento do agravamento e a cessação ou modificação contratual, o segurador suportará ainda, em maior ou menor grau, o risco transferido para a sua esfera. A intensidade da vinculação do segurador afere-se pela medida em que lhe é imposto afrontar um sinistro entretanto ocorrido – o que decorre das normas que regulam a liberação ou redução da prestação do segurador em caso de sinistro. São estas regras que nos dizem, a final, em que medida o risco contratual é ou não realocado em face do seu agravamento. Com efeito, *a permanência do dever de afrontar o sinistro, tal-qual contratualizado, na esfera do segurador, não obstante a alteração do risco subjacente, patenteia, no fundo, uma oneração acrescida do segurador*. Nestes regimes, vemos uma feição mais gravosa do regime da resolução ou modificação a funcionar como consequência do incumprimento de um dever.

No outro pólo do espectro encontramos soluções como a do direito inglês – que, nesta matéria, não fornece, face ao seguro terrestre, regulação específica, de *common law* ou de *statutory law*, relegando o respectivo afrontamento para a sede

recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato. No § 2.º, prescreve que a resolução só será eficaz 30 (trinta) dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prémio. ERNESTO TZIRULNIK/FLÁVIO DE QUEIROZ B. CAVALCANTI/AYRTON PIMENTEL, *O contrato de seguro, De acordo com o novo Código Civil Brasileiro*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 84, interpreta este regime no sentido de considerar que os dois §§ apenas se aplicam nas hipóteses em que o agravamento do risco seja não culposo. Quando o agravamento for pelo menos negligente, o segurador deixa de arcar com o limite temporal para comunicar a extinção do contrato e com o dever de manter a garantia pelo período subsequente à resolução.

⁷³³ Assim, ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, "Anotação ao art. 93.º", in *LCS anotada*, 2011, pp. 353-357, pp. 356-357, apelando à aplicação analógica do art. 26.º, n.º 2, que determina, nos casos em que o contrato de seguro seja resolvido com fundamento em incumprimento negligente do dever de declaração inicial do risco, que o contrato cessa os seus efeitos *30 dias após o envio da declaração de cessação*.

contratual. Neste ordenamento, *para protecção do tomador*, o segurador apenas poderá fazer apelo a uma modificação do risco subjacente ao contrato *quando tal tiver sido expressamente pactuado* – não havendo, como tal, uma regra geral que abra ao segurador, independentemente de previsão contratual expressa, a via da modificação ou cessação do pactuado⁷³⁴. A explicação desta rigidez regulativa é reconduzida⁷³⁵, por um lado, à concepção tradicional do contrato de seguro na ordem jurídica inglesa – nos termos da qual o seguro seria um contrato pelo qual o segurador tomaria a si a cobertura de um risco, cabendo-lhe por inteiro avaliá-lo. Por outro lado, ao facto de, aí, os contratos duradouros serem uma excepção – tendo pois uma base de relevância mais estreita o conjunto que mais sofre com as possibilidades de alteração da realidade subjacente.

Face ao Direito português vigente, nota-se, para além da tendencial *independência destas consequências em relação ao incumprimento de um dever, a previsão, para lá do legado do CCom, do binómio geral modificação/cessação do contrato em caso de alteração do risco*. É um binómio que surge em alguns dos ordenamentos mais próximos, como o alemão, o belga, o espanhol e o francês⁷³⁶.

⁷³⁴ Este regime, que valia já antes das recentes reformas da lei inglesa – o leading case é o *Pim vs. Reid*, de 1843 (cfr. JOHN BIRDS, *Birds'...* cit., pp. 142-144) – foi mantido no "Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012", que fixa o alcance temporal do dever por referência ao momento que antecede a conclusão do contrato ou uma sua modificação (cfr. Secção 2, 1) e Secção 4, 1)). Veja-se LAW COMMISSION/SCOTTISH LAW COMMISSION, *Consumer insurance law: pre-contract disclosure and misrepresentation*, 2009, disponível em http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc319_Consumer_Insurance_Law.pdf (consultado pela última vez a 27.06.2012), pp. 59-60, e JOHN LOWRY/PHILIP RAWLINGS/ROB MERKIN, *Insurance law...* cit., pp. 120-122.

⁷³⁵ MALCOLM CLARKE, *Policies and perceptions of insurance law in the twenty-first century*, Oxford University Press, Oxford/Nova Iorque, 2009, pp. 162-164, dando conta de que os tribunais responderiam com muitas reservas a uma tentativa de modificação do contrato na sua vigência; JÜRGEN BASEDOW/TILL FOCK, "Rechtsvergleich", in *Europäisches Versicherungsvertragsrecht*, JÜRGEN BASEDOW/TILL FOCK (coord.), Mohr Siebeck, Tubinga, 2002, pp. 1-137, pp. 82-83; GIESELA RÜHL, *Obliegenheiten im Versicherungsvertragsrecht. Auf dem Weg zum Europäischen Binnenmarkt für Versicherungen*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2004, pp. 229-230.

⁷³⁶ Respectivamente, §§ 24 e 25 da VVG, art. 81., §1.º, da LA belga, art. 12. da LCS espanhola. Diversamente, os PDECS referem-se apenas ao direito eventualmente pactuado de proceder à resolução – o que deixa, aliás, a dúvida quanto à existência de barreiras na configuração de regimes de modificação do contrato em caso de agravamento do risco. Literalmente, apresenta como consequência do agravamento do risco apenas a atribuição de uma faculdade de fazer cessar o contrato o direito brasileiro, ao abrigo do art. 770. do CC. Porém, a doutrina interpreta o regime no sentido de permitir também a modificação contratual, mediante aumento dos prémios pelo segurador, invocando para o efeito o princípio da conservação dos negócios jurídicos e um paralelismo de razão com o art. 770. do CC. Mais: por convocação do princípio da boa fé aliado ao princípio da função social do contrato, o segurador apenas poderia proceder à resilição do contrato quando o agravamento tornasse o risco insusceptível de cobertura ou o segurado não se dispusesse a proceder ao pagamento de um prémio mais elevado. Cfr. GUSTAVO TEPEDINO/HELOISA HELENA BARBOZA/MARIA CELINA BODIN DE MORAES, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, Vol. II, Teoria geral dos contratos. Contratos em espécie. Atos unilaterais. Títulos de*

Face ao sistema nacional, pode ainda dizer-se que *a subsistência do contrato merece a preferência da lei*. Por um lado, faz-se o silêncio do tomador valer aceitação da proposta (art. 93.º, n.º 2, a)⁷³⁷; por outro, *apenas se abre a hipótese da cessação contratual* quando o segurador *demonstre que em caso algum celebra contratos que cubram riscos com as características resultantes do agravamento* (art. 93.º, n.º 2, al. b)⁷³⁸. São disposições em que podemos ver uma manifestação do *princípio da conservação dos negócios jurídicos*⁷³⁹.

Em todo o caso, os direitos a fazer cessar ou a modificar o contrato na sequência de um agravamento do risco estão sujeitos a um prazo de caducidade. A RJCS adoptou para o efeito o prazo de trinta dias contados da tomada de

*crédito. Responsabilidade civil. Preferências e privilégios creditórios. (arts. 421 a 965), Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, 2006, pp. 578-579; essa conclusão parece também estar implícita em ERNESTO TZIRULNIK/FLÁVIO DE QUEIROZ B. CAVALCANTI/AYRTON PIMENTEL, *O contrato...* cit., p. 83, quando o autor considera que "a norma tem por escopo restaurar o equilíbrio contratual, rompido em face do incidente agravante, ou levar à extinção o contrato, caso se torne demasiado oneroso". Não assim no italiano: cfr. art. 1898 do Codice e MARCO ROSSETTI, "§ 17 – Agravamento del rischio", in *Le assicurazioni, L'assicurazione nei codici, Le assicurazioni obbligatorie, L'intermediazione assicurativa*, ANTONIO LA TORRE (coord.), Dott. A. Giuffrè, Milão, 2007, pp. 112-122, p. 117.*

⁷³⁷ Não é, porém, claro o que acontece em caso de recusa da modificação pelo tomador. Não havendo previsão expressa nesse sentido, não se poderá considerar que a lei imponha a vinculação do segurador a um contrato ao qual preside um equilíbrio diverso do pactuado, por força da alteração da realidade subjacente. O que parece mais consonante com a não vinculação do segurador à cobertura de um risco em condições não conformes às da sua prática é a abertura a este da faculdade de resolução do contrato, uma vez proposta e recusada a adequação do contrato. Não havendo, porém, fiscalização do teor das modificações propostas, tal solução não conteria o risco de apresentação de uma proposta de modificação leonina, com o fito de obter uma recusa que abra as portas à resolução do contrato – o que seria contrário à restrição operada pelo art. 93.º, n.º 2, que reserva a faculdade de resolução aos casos em que o segurador não cubra riscos com as características resultantes do agravamento. A boa fé deverá, pois, vedar que assim seja. Mais ainda porque o regime do agravamento do risco não vem associado, ao contrário do que acontece em sede de alteração das circunstâncias, à possibilidade de imposição de modificações no contrato por via judicial, sendo por isso falho deste expediente pelo qual se força a ocorrência da negociação (sob ameaça do "cram down" de uma solução tida por equilibrada pelo julgador – para além do regime do art. 437.º do CC, cfr. o art. III – 1:110, 2), a) do DCFR). Mais ainda se justifica, pois, o papel correctivo que a boa fé deva aqui desempenhar, porventura justificando que seja desconsiderada uma proposta de modificação que se arrede da prática do segurador, sendo feita com o escopo de levar a uma recusa e abrir as portas à dissolução do vínculo. Sendo desconsiderada tal proposta, aplicar-se-á, enquanto correrem os prazos do art. 93.º, n.º 2, o regime do art. 94.º; e, findos aqueles, terá que se considerar o segurador vinculado à cobertura do risco agravado.

⁷³⁸ Similarmente, o 81., §1.º, al 3), da LA belga.

⁷³⁹ Como o é também o regime do § 25 da VVG (alemã), nos termos do qual o tomador apenas pode recusar a modificação proposta no caso de o aumento do prémio, adequado ao agravamento e feito de acordo com os princípios subjacentes à prática negocial do segurador, exceder dez por cento, ou de haver lugar à exclusão de um risco. Ou a exigência, à face do art. 12.1, da LCS de advertência prévia ao tomador e concessão de novo prazo de resposta, por parte do segurador que pretenda fazer cessar o contrato na sequência de falta de aceitação de uma proposta de modificação – cfr. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 12...", cit., 334-335, afirmado que a lei pretendeu o exercício da denúncia do contrato como provisório, até ser confirmado nesta segunda sede. Não obstante, a própria opção por endereçar ao tomador uma proposta de modificação contratual, em lugar de proceder à rescisão do contrato (declaração esta antes dirigida ao segurado), é uma faculdade do segurador (pp. 336-338).

conhecimento do agravamento do risco pelo segurador⁷⁴⁰. Trata-se aqui de respeitar uma exigência mínima de certeza jurídica e lealdade – de outro modo, se por qualquer motivo a manutenção do contrato se viesse a tornar pouco interessante para o segurador, este disporia de um mecanismo de desvinculação permanentemente accionável⁷⁴¹. A par, claro está, de novamente se favorecer também, mediante a prescrição de um prazo relativamente curto, a manutenção do negócio jurídico.

bb) A perda ou redução do direito à contraprestação

À face do direito português, colhe relevo o art. 94.º: é este que se firma no dever imposto ao segurado ou tomador para, do seu cumprimento ou incumprimento, retirar consequências. Com efeito, enquanto o segurador se mantém num estado de vinculação atinente ao dever de prestar em caso de sinistro correspondente a um risco menor do que o realmente incidente na esfera segura, não sofre qualquer dano actual – quando muito, aprovisiona menos meios para cumprir do que os necessários para suportar as consequências desse risco agravado. O dano efectivo só advém, pois, à esfera do segurador se lhe for imposto suportar essas consequências: aí se apura se ao segurador é ou não imposto cobrir um risco que era na verdade superior ao prémio que então percebia.

É, pois, no regime da exoneração ou redução da prestação a cargo do segurador que se encontra a verdadeira pedra-de-toque do regime do dever de comunicação de um agravamento do risco. Para sancionar o incumprimento do dever, este regime desenha uma alocação do risco contratual que vale para um específico intervalo temporal – bem se compreende que não se possa eternizar a ameaça que paira sobre a cobertura do risco, havendo que clarificar se o contrato cessa os seus efeitos, ou se se mantém, e em que termos. Assim, o regime da perda ou redução da prestação conhece balizas: opera, a nosso ver, *entre o final do prazo dado ao segurado para cumprir o seu dever de comunicação e o momento da produção de efeitos pela modificação ou cessação do contrato, ou da caducidade*

⁷⁴⁰ Encontrando-se nisso próxima de outros dos ordenamentos vizinhos – cfr. art. 81, § 1.º, n.ºs 2 e 3 da LA belga; o § 24, III, da VVG.

⁷⁴¹ ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 394, referem-se aqui à inibição do segurador de especular à custa do tomador.

*destes direitos*⁷⁴².

Uma primeira marca de regime evidencia-se logo na do n.º 1 do art. 94.º: a exigência de causalidade entre o sinistro e o agravamento, determinando que a limitação ou supressão da cobertura apenas se possa desencadear quando o agravamento tenha influenciado o sinistro. A causalidade deve também verificar-se mesmo que o incumprimento tenha sido doloso⁷⁴³.

Assim, a norma do RJCS *diferencia as respectivas consequências em função de ter ou não ocorrido violação do dever de comunicação, bem como dos pressupostos subjectivos de tal violação*. Vejamos de perto.

Resulta claramente da letra da lei que a consequência da *perda total da prestação* exige que a omissão da comunicação seja determinada *por dolo com o propósito de obter uma vantagem* (art. 94.º, n.º 1, c). A exoneração do segurador vem ainda associada à retenção dos prémios vencidos – o que, num sistema geral como o nosso (pese embora a sua equívoca auto-qualificação como regime especial⁷⁴⁴), implica a retenção de prémios correspondentes a risco (ainda) não corrido. Esta consequência jurídica – que mostra certa continuidade das disposições do CCom, e parentesco, vg., com o regime belga previsto actualmente no art. 81., § 3, c), da LA – apenas se compreende *em articulação com o direito a fazer cessar o contrato*, outorgado ao segurador em conexão com o agravamento do risco, ou fundado na resolução com justa causa. É, aliás, em articulação com a cessação do

⁷⁴² É bom de ver que, se entretanto produziu já efeitos a cessação do contrato ou a respectiva modificação, não há, no primeiro caso, cobertura, por o contrato ter deixado de existir; e, no segundo, a cobertura processar-se-á nos termos em que o contrato vigorar. O segurador encontrar-se-á obrigado à cobertura, por exemplo, quando a modificação contratual efectuada se tiver limitado a um aumento dos prémios cobrados (assim, para o direito alemão, WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG* § 23, cit., nm. 20). Se o segurador deixou transcorrer o prazo de 30 dias previsto para o exercício dos direitos de resolução ou modificação, tais direitos caducam e o contrato mantém-se em vigor, sem alterações, passando o segurador a suportar um risco mais elevado em troca de igual prémio – cfr., assim, expressamente, § 26, III, 2, da VVG e art. 81, §1.º, 5, da LA.

⁷⁴³ Esta exigência de causalidade ocorre, por exemplo, também no direito alemão – cfr. o § 26, III, 1, da VVG, conquanto esta norma se reporte mais incisivamente a uma causação, e não à mera influência. Crítico face à similar possibilidade aberta pela VVG ao tomador que tenha actuado com dolo de afastar a perda do direito mediante prova da ausência de causalidade, WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG* § 23, cit., nm. 13. E vale também no regime dos PEDCS, funcionando aí como limite à exoneração do segurador prevista como consequência da violação do dever de comunicação (art. 4:202, 3)), quer, independentemente da violação de qualquer dever, como limite ao regime que exime o segurador da cobertura de um sinistro ocorrido antes da cessação do contrato por resolução, ou permite a modificação dos termos da cobertura, mediante prova de que o segurador não teria segurado tal risco agravado ou apenas o teria feito em moldes diversos (art. 4:203, 3)). É já controversa no ordenamento italiano – cfr. e MARCO ROSSETTI, "§ 17", cit., p. 119.

⁷⁴⁴ Arts. 58.º e ss., que recortam o pagamento do prémio como condição para a cobertura. Para a análise das disposições e correcta colocação do seu alcance, por todos, MARGARIDA LIMA REGO, "O prémio", in *Temas de Direito dos seguros, A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, MARGARIDA LIMA REGO (coord.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 191-212, pp. 192 e ss.

contrato por anulação que se encontra prevista em associação com a declaração inicial do risco, no art. 25.º. O segurador mantém sempre, claro está, o prémio que remunera o risco já corrido, que suportou; e, mantendo-se o contrato em vigor, nenhuma estranheza causa que retenha o prémio correspondente ao risco que então suporta. A previsão especial desta consequência jurídica apenas ganha os foros *preventivo-repressivos a que aspira, pré-fixando o montante da consequência punitiva por referência aos prémios vencidos*, quando o segurador exerça o seu direito a fazer cessar o contrato – já que então, sim, reterá prémios face a risco que não chega a suportar.

Por sua vez, a consequência da redução da prestação na medida da proporção entre o prémio cobrado e o prémio devido (art. 94.º, n.º 1, b) depende, segundo a letra da lei, do *incumprimento do dever de comunicar o agravamento* – e separa-se assim do *dever de efectuar a prestação por inteiro*, que depende do cumprimento daqueloutro dever (art. 94.º, n.º 1, a). Num caso, ou noutro, o segurador é exonerado por inteiro do dever de prestar *se o agravamento resultar de facto do tomador ou do segurado e o segurador provar que nunca cobre riscos com as características resultantes do agravamento* (94.º, n.º 2).

Também no Direito comparado, a possibilidade de exoneração ou redução da contraprestação *é em geral concebida como consequência da violação de deveres* – tanto do dever de não agravamento do risco, que o ordenamento português não adoptou, como do dever de comunicação do agravamento do risco –, e não como consequência do mero facto objectivo do agravamento. É assim, por exemplo, nos direitos austríaco, espanhol, alemão, belga ou brasileiro⁷⁴⁵; o regime dos PEDCS,

⁷⁴⁵ Art. 12, 2, 2.^a e 3.^a frases da LCS; art. 81.º da LA. O Direito alemão prevê tanto um dever de não agravamento do risco, como um dever de comunicação, associando aquelas consequências à violação de qualquer deles, nos termos do § 26 (cujo I remete para o § 23, I e cujo II remete para o § 23, II e III). O mesmo vale para o Direito austríaco que funciona, porém, nesta sede, ainda nos moldes do "Alles-oder-Nichts Prinzip" – cfr. o § 25 (26 (cujo I remete para o § 23, I e cujo II remete para o § 23, II). Também o direito brasileiro, que prevê a perda de garantia – não a sua redução –, vinculando-a à violação do dever de não agravamento do risco ou do dever de comunicação do agravamento. Em qualquer dos casos, não basta a mera negligência para accionar tais consequências. Nos termos do art. 768., o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato. Nos termos do art. 769., o segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé. No ordenamento italiano, olhando apenas os termos do art. 1898., descortinar-se-ia um juízo puramente objectivo relativamente à exoneração do segurador, assentando na demonstração de que o segurador não teria de todo consentido no contrato caso o novo estado de coisas existisse no momento do contrato; na falta de tal prova, teríamos mera redução da prestação na proporção entre os prémios estabelecidos e os hipoteticamente devidos em

constituído por normas finais, ergue as suas barreiras quer relativamente às hipóteses de violação de dever de comunicação, quer para lá destas⁷⁴⁶.

Nas ordens jurídicas que, à semelhança da nacional, *fazem assentar estes remédios no incumprimento de um dever*, a *exoneração total* vem associada geralmente ao incumprimento pelo menos com dolo, *eventualmente acompanhado de elementos subjectivos agravantes* – assim, expressamente, no direito espanhol, brasileiro, alemão e belga. Nos casos de exoneração parcial, curando-se das consequências da violação de um dever, é pelo menos exigida negligência⁷⁴⁷.

Assim, no regime nacional, *não havendo violação do dever*, há lugar à cobertura por inteiro, independentemente de quais fossem as práticas negociais do segurador relativamente à cobertura desse tipo de risco. A excepção é a atinente aos casos em que *o agravamento proceda de facto do tomador ou segurado e o segurador nunca cubra aquele tipo de risco*, permitindo-se que o segurador se exonere por esta via mesmo quando haja cumprimento do dever de comunicação (ou quando o incumprimento seja meramente negligente – 94.º, n.º 2). Aqui, o ordenamento nacional aproxima-se de regimes de feição objectiva e comporta alguma semelhança com o regime belga – sendo certo que, no caso belga, a cobertura é bloqueada apenas nos casos de incumprimento negligente do dever de

face dos risco agravado. Não tem sido incontroversa a interpretação desta disposição. Por exemplo, GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata...* cit., pp. 220-221, defende, em face da norma, *valerem essas consequências apenas para os casos em que tenha havido cumprimento tempestivo do dever de notificação*. Face ao incumprimento deste dever – incumprimento imputável ao devedor, nos termos do regime geral, podendo aquele vir provar a inimputabilidade do cumprimento à sua esfera –, *a consequência jurídica deveria ser a da reparação dos danos causados ao segurador*. Ora, nas hipóteses em que lhe era permitida exoneração, estava este salvaguardado; nas hipóteses em que, à face do último parágrafo do artigo em causa, apenas teria direito à redução da prestação, entende-se que deveria poder também exonerar-se, desde que provasse que, caso a notificação tivesse sido tempestiva, teria resolvido o contrato com efeitos antes da ocorrência do sinistro

⁷⁴⁶ O regime dos PEDCS é aqui dúplice: prevê, com independência da violação de qualquer dever, a exoneração do segurador ou a modificação dos termos da cobertura face a um sinistro ocorrido antes da cessação do contrato por resolução, mediante prova, respectivamente, de que o segurador não teria segurado tal risco agravado ou apenas o teria feito em moldes diversos (art. 4:203, 3)). Exige-se, porém, *que o tomador tivesse ou devesse ter tido conhecimento de tal agravamento* – esta não corresponde, porém, a qualquer exigência de culpa, já que tais pressupostos subjectivos não vêm referidos a qualquer norma de conduta. Por outro lado, prevê (art. 4:202, 3)) que, em caso de violação do dever de comunicar, o contrato preveja a recusa da prestação se esta vier cobrir danos resultantes do agravamento. O relevo desta disposição face à possibilidade já aberta ao segurador com independência da violação de tal dever parece ser o de lhe permitir exonerar-se quando o agravamento apenas o tivesse levado a celebrar o contrato noutros moldes.

⁷⁴⁷ A norma espanhola constrói a redução da prestação apenas por referência aos casos em que não exista má fé – que é entendida como abrangendo as hipóteses de dolo e negligência grosseira (FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 10. Deber de declaración del riesgo", cit., pp. 305-309, e FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 12...", cit., pp. 341-42). Nos demais casos de incumprimento do dever de comunicação – incluindo, parece, os de incumprimento não culposos – há lugar à dita redução.

comunicação e o segurador fica obrigado à devolução da totalidade dos prémios pagos.

Saliente-se ainda que o ordenamento português, tal como o belga e o espanhol⁷⁴⁸, calibra a redução da prestação não pela medida da culpa – ao contrário do direito alemão –, mas pela *proporção entre os prémios efectivamente pagos e os que seriam devidos se o agravamento fosse tido em consideração*⁷⁴⁹. Com isto, podemos já concluir que, aquém do sentido punitivo do art. 94.º, n.º 1, al. c), a intencionalidade da solução prescrita no art. 94.º, n.º 1, b) para a violação meramente negligente do dever, é a *reconstituição da relação de troca que haveria entre as prestações das partes à face das novas circunstâncias do risco*. O juízo que se interpõe no seu cálculo é o que analisa a proporção entre o prémio efectivamente pago e o que o segurador cobraria perante tais novas circunstâncias – pelo que, perante a preferência legal pela modificação do contrato, a solução se aproxima das valorações inerentes à reconstituição natural da situação actual hipotética. Afasta-se destas, porém, *quando está em causa um agravamento face ao qual o segurador não cobriria já o risco em causa* – o RJCS apenas permite ao segurador recusar a cobertura com fundamento nas suas práticas comerciais quando o agravamento provenha de facto do tomador ou segurado.

Colocam-se, pois, questões delicadas em face das hipóteses em que o segurador não cubra aquele tipo de riscos, mas o agravamento não proceda de facto do segurado. Face ao equilíbrio de forças pretendido pela lei, o segurador terá, pois,

⁷⁴⁸ Aparentemente, seria também assim face ao § 25, III, da VVG austríaca, que determina que a exoneração apenas ocorre na medida influência do agravamento do risco sobre a extensão da prestação (do que o segurado tem que fazer prova negativa). A doutrina e a jurisprudência concretizam esta norma através de uma ideia de *proporcionalidade face ao risco suportado* (WALTER KATH, "§ 25", in *Versicherungsvertragsgesetz*, ATILA FENYVES/MARTIN SCHAUER (coord.), Verlag Österreich, Viena, 2014, pp. 1-11, pp. 8-10), apelando à *remoção do dano excedente*, face à qual não é claro como se tem em consideração a contribuição causal do agravamento.

⁷⁴⁹ O mesmo ocorre à face da norma final cunhada pelos PEDCS, reportando-se esta porém a uma consequência do agravamento em si, e não do dever de comunicação. É também isto que vale – directamente, e não nos moldes de uma norma final – no ordenamento italiano, que, porém, assenta no facto objectivo do agravamento – VITTORIO SALANDRA, "Dell'assicurazione", cit., p. 267. Era esta também a proposta de ANNETTE KATZWINKEL, *Alles-oder-Nicht-Prinzip und soziale Sensibilität von Versicherungen, Reformüberlegungen zum Versicherungsvertragsgesetz*, VVW, Karlsruhe, 1994, pp. 206-207, face aos seguros que colocassem especiais questões de sensibilidade social. A autora rejeita que, face a este sistema, sejam decisivos os argumentos de segurança jurídica que se erguem tendo exactamente em vista as situações limite aludidas em texto, num sistema de livre fixação dos prémios praticados. A solução era já conhecida de algumas das condições gerais uniformes em utilização. E, um vez que, em caso de litígio, ao segurador cumpriria levar ao processo a informação sobre as suas práticas tarifárias, não se poderia considerar que viria a ser surpreendido com a decisão final em juízo.

que, em boa fé, em concretização de um dever lateral decorrente da sua especial competência técnica, calcular o prémio que cobraria para esse caso singular – e que fundamentar os seus cálculos⁷⁵⁰⁻⁷⁵¹. Trata-se de mais uma instância onde o papel dos peritos actuariais se mostra essencial e onde é de lamentar que não exista uma comissão especializada para protecção dos interesses dos segurados.

cc) Articulação entre os remédios

Como vimos, é diversa a intencionalidade dos remédios nos arts. 93.º e 94.º. Os remédios previstos no art. 93.º actuam independentemente do incumprimento de qualquer dever e visam repor o equilíbrio contratual, abrindo a via da modificação das atribuições cuja correspondência a alteração da realidade veio perturbar ou da cessação do contrato em vista da insanabilidade desta perturbação. Estamos aqui, pois, em face antes de mais de um mecanismo objectivo de tutela do sinalagma contratual. Diferentemente, o art. 94.º modula a consequência jurídica aplicável – perda ou redução da contraprestação – em função do cumprimento ou incumprimento do dever de comunicação do agravamento. Não se deve, porém, perder de vista que associar a dada conduta um direito integral ou parcial à prestação entretanto vencida, ou a perda deste direito, significa concomitantemente decidir se é ainda – ou se já não o é – o segurador a suportar o risco agravado subjacente ao contrato.

Tal interferência na distribuição do risco torna-se visível quando se observa a

⁷⁵⁰ A VVG austríaca prevê a consequência da redução proporcional da prestação na medida dos prémios pagos quando esteja em causa a violação culposa de uma *Obliegenheit* destinada a manter a equivalência entre o prémio pago e o risco suportado (§ 6, Ia). Face à problemática que tratamos em texto, a doutrina mais influente considera que, se aquele segurador em concreto não previr tarifa para aquele risco porque o não segura de todo, a norma é simplesmente inaplicável, devendo o segurador ficar exonerado (MARTIN SCHAUER, *Das österreichische Versicherungsvertragsrecht*, Service Fachverlag, Viena, 1995, p. 254; ATTILA FENYVES, "§ 6", cit., p. 31). Também face ao regime de redução paralelo previsto no *Codice civile* em sede de declaração inicial do risco ou de agravamento do risco se entende que, caso não cubra aquele risco, o segurador deve ter-se por exonerado – já VITTORIO SALANDRA, "Dell'assicurazione", cit., p. 242; com indicações doutrinárias, MARCO ROSSETTI, "§ 12 – Dichiarazioni inesatte e reticenze senza dolo o colpa grave", cit., pp. 100-101. Não parece, face aos requisitos acrescidos que o RJCS coloca à possibilidade de exoneração total do segurador, que se possa entre nós defender idêntica solução. De resto, a conclusão a que chega a doutrina austríaca não é a única defensável face a este tipo de previsão normativa – basta lembrar que JÜRGEN PRÖLSS, "Künftige Sanktionen der Verletzung von Obliegenheiten des Versicherungsnehmers: die Reform des § 6 VVG sowie der §§ 16 ff. und der §§ 23 ff. VVG", *ZVersWiss*, 2001, pp. 471-499, p. 478, discorrendo *de iure condendo* quanto à mesma hipótese, considera que, na falta de tarifa própria do segurador, ficaria então à partida a violação por sancionar; mas vd. quanto dizemos em nota de seguida. ANNETTE KATZWINKEL, *Alles-oder...* cit., p. 208, parece concluir que, nestas hipóteses, deveria o risco ter-se por não coberto.

⁷⁵¹ Nesta linha, o remédio de *ultima ratio* recomendado por JÜRGEN PRÖLSS, "Künftige...", cit., p. 478.

dinâmica conjunta destes regimes: a questão da articulação entre a exoneração do segurador e os expedientes da resolução ou modificação do contrato.

O intervalo de tempo em que se torna mais delicada a articulação entre estas disposições é aquele que medeia *entre o final do prazo de 14 dias concedido ao tomador ou segurado para comunicação do agravamento, ou a tomada de conhecimento do agravamento pelo segurador quando não proceda do cumprimento de tal dever, e a produção de efeitos pela resolução ou modificação do negócio.*

Na verdade, caso o sinistro ocorra *entre o momento em que o segurado ou o tomador toma conhecimento do agravamento e o final desse prazo de catorze dias*, a situação deve ser enquadrada nos termos do art. 94.º, n.º 1, al. a) , e, eventualmente, do art. 94.º, n.º 2. Apesar dos termos equívocos daquela alínea a), cremos que não se pode extrair solução diversa da concessão ao segurado ou tomador de um prazo fixo e definido para cumprir – não se lhe pode vir afinal exigir (*hoc sensu*, associar consequências desfavoráveis a) que cumpra antes de esgotado o prazo que foi instituído a seu favor. Durante esses 14 dias, deve pois ser tratado como se tivesse cumprido o dever de comunicação⁷⁵².

⁷⁵² A interpretação do art. 94.º deixa, na verdade, dúvidas de monta. Relativamente à al. a) do n.º 1, não é claro o que pretenda a lei com a expressão "antes do sinistro ou antes de decorrido o prazo previsto no n.º 1 do artigo anterior". De um argumento literal – o uso da alternativa "ou" – resulta que os dois prazos não têm que ser cumpridos cumulativamente – assim, o segurado não tem que ter procedido à comunicação do agravamento antes da materialização do sinistro, desde que não tenha ainda terminado o prazo de 14 dias contados da sua tomada de conhecimento do agravamento. Desta leitura resultaria, porém, a hipótese, *difícilmente aceitável face à imposição de um dever de comunicar dentro de um prazo determinado*, de a cobertura ser sempre assegurada desde que a comunicação antecederesse a ocorrência do sinistro e o contrato não tivesse ainda cessado ou sido modificado, ou tais direitos caducado. Basta pensar na hipótese de um segurado que, com negligência grosseira, não comunique ao segurador o agravamento, comunicando-lho apenas quando o segurador, tomando conhecimento ele próprio do agravamento, lhe venha propor uma modificação do contrato – um sinistro entretanto ocorrido, desde que o fosse antes da efectiva alteração do contrato, deveria ser coberto. Afirmar-se a final a irrelevância do cumprimento do prazo para retirar consequências do incumprimento do dever seria esvaziar a previsão de parte do seu conteúdo, atinente às hipóteses de incumprimento por declaração tardia. Ficariam, pois, para a al. b) apenas as hipóteses de declaração inexacta do agravamento ou de omissão total da declaração – com o que se chegaria a uma assimetria no tratamento destas hipóteses face aquelas de declaração tardia, equiparada a final ao cumprimento. Tratando-se da aferição do cumprimento de um dever face a um prazo, tal equiparação seria paradoxal. E, ainda que o não fosse, bastaria evocar a experiência francesa para tornar patente a desadequação da introdução de uma tal *fractura* no regime.

A leitura integrada da al. a) e da al. b), que se refere apenas ao facto de a comunicação ter ocorrido antes do sinistro, sugeriria, assim, que esses dois prazos seriam cumulativos, devendo esse "ou" ser teleologicamente corrigido de modo a ler-se nele um "e": assim, à face de qualquer das alíneas, não bastaria ao segurado, para obter cobertura, cumprir o prazo atribuído para o dever de comunicação – teria ainda que arcar com a álea de ocorrer, dentro desse prazo, um sinistro. Porém, ao contrário da generalidade das normas congéneres de direito comparado, o RJCS optou por salvaguardar a certeza jurídica e fixar ao obrigado a comunicar um prazo definido para cumprir. Não se vê, pois, que

A sua cobertura é, pois, total, salvo, em princípio, duas excepções, ambas relativas à hipótese em que o segurador demonstre que em caso algum celebra contratos com as características resultantes do agravamento: o caso em que o agravamento provenha de facto do tomador ou segurado (art. 94.º, n.ºs 1, a) e 2); e o caso em que o segurador tenha, antes de findo esse prazo, exercido o seu direito a resolver o contrato – porque tomou conhecimento do agravamento por outra via – e a resolução tenha já produzido efeitos (art. 94, n.º 1, corpo). Descontadas estas duas excepções, o segurado goza de cobertura total durante esses 14 dias.

Para lá desses 14 dias, enquanto a resolução não produzir efeitos, se não houve cumprimento, vale a redução da prestação, se o incumprimento foi negligente, ou a exoneração, se foi doloso, ou se o agravamento provier de facto do segurado ou tomador e o segurador nunca cobrir aquele tipo de risco. Este estado dura até que estejam passados 30 dias após a recepção da proposta de alteração efectuada pelo segurador.

Nas hipóteses, menos frequentes, em que o segurador toma conhecimento do agravamento por outras vias que não a comunicação do segurado, o prazo de 30 dias para o exercício dos direitos do segurador começa desde logo a contar. Caso ocorra um sinistro nesse interim, tudo depende, como nos demais casos, de ter ou não havido incumprimento do segurado ou do tomador⁷⁵³.

sentido tenha vir agora esvaziar esse prazo de materialidade – pois, se ele pode de alguma maneira proteger o obrigado, é em sede de perda ou redução de cobertura, já que, como vimos, as faculdades de fazer cessar o contrato ou propor a sua modificação são impermeáveis ao facto de o dever de comunicar ter sido cumprido. Parece-nos, pois, que a referência, operada em ambas as alíneas em causa, a o agravamento ter sido "tempestivamente comunicado", deve valer como salvaguarda daquele prazo conferido para a comunicação, devendo, assim, ser garantido ao segurado, com a limitação do art. 94.º, n.º 2, um período de 14 dias, contados da sua tomada de conhecimento do agravamento, de garantia plena da cobertura. Nem procede o argumento de que, de outro modo, se incentivaria o segurado ou tomador a aguardar o final do prazo de 14 dias previsto, para só então proceder à comunicação. Não faz sentido que a lei garanta ao segurado um prazo para cumprimento de um dever, para de seguida lhe retirar tal benefício: o segurado deve poder confiar que lhe basta o cumprimento do prazo legalmente fixado para a comunicação para ficar coberto (mais ainda, face a um prazo tão breve).

⁷⁵³ Nesta afirmação vai subjacente uma rejeição da aplicação analógica do disposto no art. 24.º, n.º 3, e), segundo o qual o segurador *que tenha aceite o contrato* não pode depois vir prevalecer-se de circunstâncias conhecidas, em especial quando são públicas e notórias. Se podemos aceitar que falem os pressupostos do dever face a circunstâncias públicas e notórias, não podemos já aceitá-lo face a qualquer circunstância conhecida do segurador. O preceito é uma aplicação do *venire contra factum proprium*, que aqui não ocorre, já que falta aqui um acto de aceitação do segurador conhecedor das circunstâncias em causa. Noutro sentido, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 12...", cit., pp. 340-341, considera que não há então um verdadeiro incumprimento do dever de declarar o risco.

d. *Fattispecie* do dever

Munidos da compreensão das consequências que o agravamento do risco pode accionar, partamos para a análise dos seus pressupostos. Trata-se aqui de apurar quais as circunstâncias cuja alteração releva para estes efeitos, e em que medida deve esta variação ocorrer para que o conjunto normativo opere.

aa) *Variação do risco e alteração das circunstâncias pressupostas na contratação*

Estamos agora em condições de retomar as palavras iniciais, pelas quais considerámos que se tratava aqui de regular a interferência de certas alterações da realidade na execução contratual. É corrente a afirmação de que o regime aqui previsto constitui a *tradução para a sede seguradora do regime geral de tutela das alterações da realidade pressuposta na contratação*, atinente à *alteração das circunstâncias sobre as quais as partes fundaram a decisão de contratar*⁷⁵⁴. A este respeito, cumpre fazer algumas precisões. Antes de mais, a de salientar que a ideia da distribuição entre as partes contratuais do risco das alterações da realidade subjacente é bem mais ampla do que o instituto civilístico que, em Portugal, trata, nos arts. 437.º, 438.º e 439.º do CC, a resolução ou modificação do contrato por *alteração das circunstâncias*. Tratar as interferências das alterações da realidade sobre o contrato constitui, bem pelo contrário, missão transversal a uma plêiade de normas⁷⁵⁵, atinentes tanto a momentos patológicos da relação – pense-se nas regras sobre impossibilidade do cumprimento, imputável ou não ao devedor –, como ao seu funcionamento conforme desejado pelas partes – pense-se na estipulação de uma taxa de juro variável no contrato de mútuo.

Neste panorama, a função da generalidade destas regras é apartada da função das normas sobre alteração das circunstâncias. Ao conjunto eclético das primeiras é reconhecida a função da regulação de questões respeitantes ao conteúdo do negócio: os juízos sobre distribuição do risco operados por estas normas de índole

⁷⁵⁴ Veja-se, na doutrina alemã, WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG* § 23, cit., nm. 1 e 32-34, e jurisprudência aí citada. Não era assim face à *VVG* anterior, onde o facto de as regras de direito dos seguros associarem ao agravamento do risco apenas a cessação contratual ou a perda do direito, e não a adaptação do contrato, levava a afirmar a falta de correspondência entre tais regras e o instituto civilístico geral da "Störung der Geschäftsgrundlage". Na doutrina nacional, ABÍLIO NETO, *Código Comercial e Contratos comerciais*, Anotado, Ediforum, Lisboa, 2008, p. 279; na doutrina brasileira, ERNESTO TZIRULNIK/FLÁVIO DE QUEIROZ B. CAVALCANTI/AYRTON PIMENTEL, *O contrato...* cit., p. 82.

⁷⁵⁵ WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschäft*, Springer, Berlim/Heidelberg, 1992, pp. 497-498.

legal e jurisprudencial, contratual, e mesmo relevando dos usos, conformam aquele conteúdo e configuram o regime do incumprimento do negócio⁷⁵⁶. Aquém deste patamar de relevância ficam as circunstâncias meramente pressupostas por uma ou ambas as partes, mas que não chegam a integrar o conteúdo do negócio – e que configuram, pois, meros motivos, juridicamente irrelevantes.

Ora, o instituto da alteração das circunstâncias actua exactamente neste quadrante das circunstâncias meramente pressupostas na contratação, dotando-as da relevância a que não seriam aptas à partida, verificados que sejam, porém, pressupostos restritivos atinentes à anormalidade da alteração e à lesão grave dos princípios da boa fé. Trata-se, pois, de um *mecanismo complementar e correctivo* das normas válidas e eficazes disponíveis destinado a afrontar as situações em que a alteração da realidade subjacente ao negócio *fosse de monta, a tornar o cumprimento dos seus precisos termos algo de atentatório face à boa fé*⁷⁵⁷.

O relevo de tais circunstâncias subjacentes ao contrato deve, pois, antes de mais, ser aferido à luz das normas contratuais, devidamente interpretadas e integradas, e da regulação do tipo contratual: onde tais circunstâncias tenham obtido relevância conformadora do conteúdo jurídico do contrato, deve a sua alteração ser regulada pelas normas contratuais e pelas normas de direito objectivo, tanto especificamente concernentes ao tipo em causa, como de alcance geral, atinentes à distribuição de riscos contratuais e à impossibilidade (*lato sensu*) da prestação. Só quando se conclua que tais circunstâncias *não chegaram a integrar o conteúdo do*

⁷⁵⁶ Toma-se aqui o conteúdo do negócio num sentido tradicional, como o conjunto dos efeitos jurídicos a que o negócio tende, conforme as declarações de vontade das partes e a lei aplicável (cfr. MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica, II, Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 327, fazendo-o equivaler ao objecto imediato do contrato, e, na sua esteira, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., p. 553). Embora os efeitos jurídicos produzidos pelo contrato se produzam em primeira linha conforme a vontade declarada pelas partes, esta releva na medida em que é enquadrada no direito objectivo – e é ainda complementada por este onde for omissa e limitada onde for com ele incompatível, dialogando ainda com a sua projecção em sede hipotética para a integração das lacunas reveladas pela mobilização prática do contrato ou pela sua concatenação com o direito objectivo. É este todo regulatório – que se perfila, assim, não como um dado, mas como o resultado de várias operações metodológicas – que enfrenta o desafio do vector temporal, podendo vir a ser corrigido pelo instituto da alteração das circunstâncias quando a alteração da realidade subjacente o distorça para lá da compatibilidade com o princípio da boa fé.

⁷⁵⁷ MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral II* cit., pp. 406-409; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "Crise financeira...", cit., p. 680. Sobre o papel cimeiro da boa fé na densificação do instituto, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Da alteração das circunstâncias", in *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1989, pp. 293-371, pp. 355-356.

*negócio*⁷⁵⁸, ou que a sua alteração é de tal monta que transcende o sentido das disposições que a deviam regular⁷⁵⁹, se poderá recorrer então a este instituto de feição subsidiária.

Ora, o contrato de seguro delimita exactamente um campo exemplar de contraposição entre alterações de meras circunstâncias pressupostas por uma das partes e circunstâncias atinentes ao conteúdo do contrato. Com efeito, aqui o *fito de uma das partes é exactamente o de conseguir, dentro de certas molduras, prever a evolução da realidade subjacente ao contrato*. Neste ponto, porém, é preciso separar as águas.

Para estes efeitos, o segurador carece de obter informação sobre aquele risco em concreto para que possa proceder à respectiva classificação e, de acordo com a técnica ou técnicas de que se serve, determinar as condições de contratação – emblematicamente, calcular o respectivo prémio, ou o capital máximo de cobertura.

⁷⁵⁸ Assim, enfaticamente, na doutrina alemã, ULRICH HUBER, "Verpflichtungszweck, Vertragsinhalt und Geschäftsgrundlage", *JuS*, 2, 1972, pp. 57-65, p. 65: "Was Inhalt des Vertrags ist, kann nicht Geschäftsgrundlage sein"; cfr. ainda WERNER FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, cit., pp. 497-498; mais recentemente, cfr. VOLKER EMMERICH, *Das Recht...* cit., pp. 418 e ss.; entre nós, veja-se por exemplo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Da alteração...", cit., p. 322 e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Erro e vinculação negocial*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 26, nota 36, 31-32 e 38 e ss. Em sede seguradora especificamente, MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...* cit., pp. 456 e ss. Na Áustria, a jurisprudência concretiza esta ideia através do requisito da dupla lacuna ("Doppellücke") exigido para aplicação do instituto da alteração das circunstâncias, através do qual se requer que haja uma lacuna legal (inexistência de normas supletivas aplicáveis à concreta alteração de circunstâncias) e uma lacuna contratual (a questão não é solucionável por interpretação complementadora) – "Overview: concepts dealing with unexpected circumstances", in *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, EWOUH HONDIUS/HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT (coord.), Cambridge University Press, Cambridge/Nova Iorque/Melbourne, 2011, p. 68

⁷⁵⁹ Já referia o regime da alteração das circunstâncias aos contratos aleatórios, aliás, o estudo para os trabalhos preparatórios do CC elaborado por ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias", *BMJ*, 68, 1957, pp. 293-385, pp. 332 e ss., e pp. 380-381, art. 1.º, n.º 5, do articulado proposto. Veja-se, na doutrina nacional, por todos, MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...* cit., pp. 458 e 462-464, refutando probantemente o tradicional argumento segundo o qual o carácter aleatório do seguro o retiraria de tal sindicância. Controvérsias resultantes da recente crise financeira deram ainda azo a que crescente doutrina nacional se pronunciasse pela aplicabilidade do regime plasmado nos arts. 437.º e ss. do CC aos contratos aleatórios: veja-se MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "Crise financeira...", cit., p. 668; citando a autora, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, "Contrato de swap meramente especulativo, Regime de validade e alteração de circunstâncias", *ROA*, 4, 2012, pp. 943-970, pp. 959-962; mais recentemente, CATARINA MONTEIRO PIRES, "Entre um modelo corretivo e um modelo informacional no direito bancário e financeiro", *Cadernos de Direito Privado*, 44, 2013, pp. 3-22, p. 11 e ss; parecendo afastar tal aplicabilidade, mas discorrendo, afinal nos seus termos, mediante a destrição entre quais sejam e quais não sejam os riscos próprios do contrato de *swap* de taxa de juro, JOÃO CALVÃO DA SILVA, "STJ, Acórdão de 10 de Outubro de 2013 (*swap* de taxa de juro: inaplicabilidade do regime da alteração das circunstâncias)", *RLJ*, Maio-Junho, 2014, pp. 348-373, pp. 366-367. E bem: com efeito, a aleatoriedade que preside a um contrato não é uma entidade abstracta e de tudo abrangente, mas sim o fruto de uma determina alocação dos riscos contratuais – cujo sentido terá, como os de qualquer outro ponto da regulação contratual, de ser determinado pela interpretação das normas contratuais e legais aplicáveis, valendo apenas nesses precisos limites.

Ora, é por sobre este território que se deve traçar a linha que separa o que é do domínio do contrato e o que é do domínio da carteira do segurador – da sua esfera técnica de actuação. Desde logo, porque, *de outro modo, uma parte substancial do risco ficaria afinal retida na esfera do segurado – a variação do comportamento de dado factor geral de risco que afectasse os cálculos do segurador seria, então, sempre revertida à esfera do segurado.* Com efeito, ao tomador ou segurado apenas se há-de requerer intervenção no que tanja ao domínio do contrato pelo tomador concretamente celebrado, e não ao domínio que lhe subjaz, mas que é inteiramente controlado pelo segurador: o do cálculo atinente à sua sustentabilidade financeira. Nesta questão, pois, como em várias outras – basta lembrar a controvérsia em torno do carácter aleatório ou não do contrato –, a resposta às questões do regime do contrato exige que nos situemos no plano do contrato em concreto.

Ora, para lograr a determinação das condições de cobertura de um dado risco é frequentemente necessário avaliar e descrever *esse risco em concreto.* Assim, a conclusão do negócio jurídico é encabeçada por uma *descrição dos factores aptos a influenciar a evolução da realidade subjacente ao contrato no que toca ao risco concretamente coberto.* O conteúdo do contrato é, como tal, determinado por declarações de vontade e, de um modo aqui particularmente relevante, por *declarações de ciência,* da contraparte e/ou de terceiro, quer este funde ainda uma sua posição activa no contrato de seguro, quer intervenha apenas na qualidade de perito (pense-se, vg., no médico incumbido de avaliar o risco). Esta *descrição do risco seguro coberto passa, pois, a integrar o conteúdo do contrato.* Ora, é *essencialmente através desta descrição – cuja densidade, apesar do regime legal português, é em grande medida determinada pelo segurador – que se determina o risco concretamente alocado ao segurador.* É, pois, *também ao âmbito dessa descrição inicial – por referência aos factos que a integraram, ou que a integrariam se o dever imposto ao tomador tivesse sido cabalmente cumprido ou se então se tivessem verificado – que se deve voltar para determinar em que medida essa alocação concreta foi ultrapassada ou ultrapassou o risco efectivamente coberto a cada momento.* Nem se poderia impor ao segurado que *transmitisse informações não referentes à sua esfera em concreto,* mas sim, em geral, aos potenciais factores actuariais de modelação da cobertura, ou que pudesse sofrer alterações no seu contrato devido a mutações nas variáveis consideradas pelo segurador. Assim, para os efeitos da actuação desses remédios, são à partida

relevantes os factos que *alterem a classificação do risco concretamente segurado* – vg., a sua mudança de profissão, face a um seguro de acidentes, ou o facto de o arquivo de película cinematográfica construído junto a sua casa, cujo risco de incêndio se encontre coberto por seguro, ter deixado de se situar na vizinhança. Em ambos os casos, estamos *perante alterações da probabilidade de concretização de um sinistro face àquele risco em concreto, que, quando correspondam a factores relevados pelo segurador no cálculo da contraprestação ou mesmo na celebração do contrato, quebram o nexo de corresponsabilidade entre as atribuições das partes*. Coisa diversa é a das alterações da realidade subjacente que *não afectem em concreto o risco seguro por dado contrato*, mas sejam *em abstracto aptas a afectar todos os riscos daquela categoria*. Assim, vg., o facto de o serviço público de saúde ter começado a distribuir o tratamento inovador de uma doença grave, contemplada entre os riscos cobertos por um seguro de risco agravado de saúde, deve afectar os cálculos pelo segurador efectuados para o conjunto da carteira; mas só o facto de o segurado ter efectuado o tratamento afecta o risco inerente ao seu contrato em concreto – só para este último facto se pode suscitar a repercussão no contrato, e na medida em que a tarifação adoptada pelo segurador lhe dê relevo. Estamos, assim, ao nível do contrato, e não ao nível do conjunto da actividade do segurador.

Estas considerações parecem ter merecido acolhimento no RJCS, cujas normas sobre *alteração das circunstâncias que afectem o risco seguro* dialogam com as normas atinentes à declaração inicial do risco (assim, o art. 91.º) – apesar da largueza aparente com que se descreve um agravamento do risco relevante no art. 93.º, n.º 1. Estamos, como melhor veremos adiante, perante normas ainda *funcionalmente colimadas a desenhar a distribuição típica do risco no contrato de seguro*, desde logo porquanto *se referem ao próprio risco concretamente seguro*, e não perante normas que intervenham perante *situações cuja anormalidade transcenda o sentido daquela regulação típica*.

Esta distinção, entre nós cuidadosamente traçada por MARGARIDA LIMA REGO⁷⁶⁰, e claramente traçada nos ordenamentos que fazem uma ponte clara entre o regime dos agravamentos do risco e o da respectiva declaração inicial, *maxime* por referência a sistemas de questionário fechado⁷⁶¹, revela toda a utilidade para a

⁷⁶⁰ MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...* cit., pp. 456-460.

⁷⁶¹ Assim, o art. 28., n.º 2, da VVG suíça define um agravamento do risco como essencial quando assente na *alteração de uma circunstância relevante para a apreciação do risco, cujo alcance as*

compreensão da problemática em causa, já que permite recortar duas esferas distintas de relevo da alteração da realidade subjacente, que subordinam o respectivo juízo de relevância a critérios também ele divergentes. Por um lado, a esfera relativa aos casos de agravamento ou redução do risco seguro, construída sobre o magma das *circunstâncias integrantes do conteúdo do contrato*, e que apela a *juízos atinentes a este conteúdo* – à sua estrutura e, sobretudo, à sua função típica – para delimitar o seu campo de acção. Estamos aqui no plano da tutela do sinalagma contratual. Por outro lado, a esfera relativa à alteração da base do negócio, operando sobre o magma das circunstâncias *prima facie* irrelevantes para o contrato e conferindo apenas efeitos jurídicos às alterações anormais ou imprevisíveis que gerem uma desproporção entre as atribuições das parte gravemente lesiva da boa fé. Permite-se, também, deste modo salientar que a sorte das circunstâncias não integrantes do conteúdo do contrato é, em princípio, a irrelevância.

partes tenham determinado aquando da conclusão do contrato. A essencialidade caracteriza-se cumulativamente por uma vertente material, atinente àquele primeiro segmento, e por uma vertente formal, atinente a este segundo, saudando a doutrina, de um modo geral, o equilíbrio e transparência da distribuição do risco assim conseguida (STEPHAN FUHRER, "Vorbemerkungen zu Art. 28-32", in *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)*, HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ANTON K. SCHNYDER (coord.), Helbing & Lichtenhahn, Basileia/Genebra/Munique, 2001, pp. 378-423, pp. 396-397). Por sua vez, face ao ordenamento alemão, ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, "§ 23", cit., p. 736, lembra que o legislador de 2008 circunscreveu o dever de declaração inicial do risco às circunstâncias pelas quais o segurador perguntar por escrito. Pese embora, ao contrário do legislador suíço, o legislador alemão não tenha exigido que o dever de declaração dos agravamentos subsequentes se referisse apenas às circunstâncias relevantes para a declaração inicial, não poderá, segundo a autora, deixar de ser assim, sob pena de se deixar entrar pela janela a desvantagem do tomador que, com aquela limitação do dever inicial, se fez sair pela porta. De acordo com as valorações subjacentes à lei, o tomador deve poder confiar que o segurador lhe perguntou por todas as circunstâncias relevantes para a avaliação do risco. Ora, e o tomador só saberá se uma circunstância é relevante para efeitos de alteração do risco se tal relevância foi já inicialmente assinalada. A falta de simetria aparente entre o regime da declaração inicial e o do agravamento subsequente do risco deveria, pois, segundo a autora, ser atribuída a um lapso do legislador, e não a uma opção deste. Bem assim no ordenamento francês, face ao L113-2, 3.º. Cfr. Leduc in HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 430 e 434-436, que aliás tece considerações similares às de Margarida Lima Rego, quando afirma que a circunstância de facto a declarar deve afectar de modo especial o risco segurado, rejeitando exactamente um dever de comunicação de um aumento da criminalidade atinente a furto ou roubo na região onde resida o segurado, e mais à frente salienta que o agravamento se actua por referência às circunstâncias que exprimem a fisionomia concreta do risco segurado, tal como o segurador a pode apreender em sede de avaliação do risco, no momento da subscrição do contrato.

bb) Pressupostos

1. Coordenadas materiais

Celebrando um contrato duradouro pelo qual cobre um risco, o segurador não pode assentar na inalterabilidade das circunstâncias que lhe subjazem. Não se deve incentivar o segurador a apresentar, por motivos concorrenciais, valores de prémio artificialmente baixos, por neles não relevar alterações daquele risco que lhe são conaturais – nos exemplos mais ilustrativos – ou que, de todo o modo, de acordo com uma técnica prudente, deveria relevar. Se o regime do agravamento do risco serve uma função de optimização do prémio, não deve servir uma função de falsificação do mesmo. Por outro lado, importa que ao segurado seja transparente a cobertura que adquire – não podendo o regime do agravamento servir para subrepticamente a esvaziar⁷⁶².

Para lá das estipulações das partes, e como se adivinha já pela sistemática usada nesta secção, parece-nos que, para encontrar um critério materialmente adequado à circunscrição dos agravamentos do risco relevantes, se deve teleologicamente partir das consequências jurídicas que lhes vêm associadas. Há-de ser um *agravamento significativo o bastante para desencadear a cessação ou modificação do contrato e para que a falta da respectiva comunicação cause a perda da contraprestação face a um sinistro entretanto ocorrido*⁷⁶³. Trata-se, como vimos, em grande medida de proteger o sinalagma – *maxime*, face aos remédios do art. 93.º –, protegendo também *a confiança de um contraente leal na garantia seguradora* – o que é visível *maxime* face ao art. 94.º. O art. 93.º, n.º 1, reproduz aquele que na doutrina é tido como o critério da essencialidade⁷⁶⁴, segundo o qual relevam para estes efeitos *todas as circunstâncias que agravem o risco, desde que estas, caso fossem conhecidas pelo segurador aquando da celebração do contrato, tivessem podido influir na decisão de contratar ou nas condições do contrato*. Literalmente, este critério pouco diz, sendo mesmo apto a abarcar circunstâncias

⁷⁶² Assinalando estes eixos da determinação do que possa constituir um agravamento do risco relevante, STEPHAN FUHRER, "Vorbemerkungen...", cit., p. 383.

⁷⁶³ Assim, por exemplo, já face à anterior VVG, THEO LANGHEID, "VVG § 25 Leistungsfreiheit des Versicherers wegen Gefährerhöhung", *Römer/Langheid*, C. H. Beck, Munique, 2003, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 10.09.2012), nm. 6.

⁷⁶⁴ Assim, no direito brasileiro para efeitos do regime que institui um dever de não agravamento intencional GUSTAVO TEPEDINO/HELOISA HELENA BARBOZA/MARIA CELINA BODIN DE MORAES, *Código Civil...II* cit., p. 577. Tal lembra o requisito da "transparência objectiva da essencialidade do erro" (sobre este e a crítica que merece, PAULO MOTA PINTO, *Declaração...* cit., pp. 360 e ss.), colocando-se o segurado devedor de informação na posição de declaratório.

perfeitamente alheias ao risco seguro. É, pois, nesta ordem jurídica, como noutras, tarefa do intérprete dotar o critério de um sentido prático-normativamente adequado⁷⁶⁵. Importa, pois, apurar se a *qualidade das circunstâncias do risco se alterou de modo tão essencial e relevante que não se pode já partir do princípio de que o agravamento seria coberto a custo zero*⁷⁶⁶. Está aqui em causa não só determinar a *relevância da circunstância alterada*, mas também determinar a *relevância da sua alteração*.

A doutrina e a jurisprudência tudescas têm-se debruçado com particular desvelo sobre a concretização deste juízo. Na centro da determinação da *relevância da circunstância em causa* está, no seu entender, por um lado a questão de saber se a prestação acordada ainda é exigível ao segurador nos termos acordados; por outro, há que impedir que a modificação ou resolução do contrato ponha em causa a finalidade que dá sentido ao contrato⁷⁶⁷. Face ao primeiro dos pólos, o critério decisivo é saber se, de acordo com as *concepções dominantes do ramo segurador em causa*, em atenção a uma *técnica seguradora adequada e razoável*, estas *circunstâncias seriam adequadas* a, tendo existido ao tempo da contratação, *levar um segurador a recusar o contrato ou a apenas o celebrar mediante um prémio mais elevado*⁷⁶⁸. Se assim for, a relação de equivalência entre a cobertura do risco e o prémio pactuado encontra-se alterada, não sendo exigível ao segurador a manutenção do contrato nos seus termos. O *segundo dos pólos* concretiza a tutela do fim servido pelo contrato quer através do apelo à ideia de expectativa legítima – *o contrato não deverá ser perturbado se o círculo negocial em causa tiver uma expectativa legítima, em boa fé, de, no momento histórico em causa, obter*

⁷⁶⁵ Assumem-na também, por exemplo, face ao § 27 da VVG, WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG § 23*, cit., nm. 29, salientando que a norma não fornece um critério para apurar que circunstâncias devam ser tidas como irrelevantes; nem quais devam ser tidas por cobertas, já que "o segurador tem que suportar e quererá suportar um certo risco de alteração".

⁷⁶⁶ WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG § 23*, cit., nm. 35 e ss.

⁷⁶⁷ Assim, ALEMANHA, "Begründungen zu den Gesetzentwürfen", cit., pp. 100-102.

⁷⁶⁸ Já assim, ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., pp. 381 e 402, sublinhado que uma referência às concepções e práticas do segurador em concreto releva em sede de declaração inicial do risco, mas não aqui; cfr. ainda jurisprudência aí citada. Mais recentemente, ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, "§ 23", cit., p. 736; JÜRGEN PRÖLSS, "§ 23", *Prölss/Martin Kommentar*, C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 05.04.2011), nm. 16; WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG § 23*, cit., nm. 21-23, 27, 29 e 33, sublinhando que *a resposta ao "se" e à medida em que o concreto segurador teria coberto o risco em causa tem um valor meramente indiciário na ponderação*. Os autores apresentam ainda (nm. 33) uma justificação para tal objectivização do parâmetro: tratando-se aqui de "Obliegenheiten" legais, e não contratuais, a sua densificação não poderia ser simplesmente entregue ao segurador.

*determinada cobertura contra o pagamento de determinado prémio*⁷⁶⁹ –, quer através da ideia da não desvalorização da cobertura seguradora⁷⁷⁰. Segundo esta última formulação, devem ser tidas por integrantes do risco coberto as circunstâncias cuja submissão ao regime do agravamento do risco *desvalorizasse relevantemente a protecção conferida pelo seguro a um grande número dos tomadores*, invocando-se aqui o critério do "risco médio"⁷⁷¹.

Se a teleologia subjacente à linha discursiva mais difundida na Alemanha exige a nossa melhor atenção, não quer isso dizer que a acompanhemos por inteiro. Os dados legais são diversos num país e noutra, não podendo o critério de avaliação aqui proposto deixar de dar relevo à lei nacional. Com efeito, ao contrário do que faz a VVG, o RJCS dota de sancionabilidade as práticas seguidas pelo segurador em concreto. É assim a propósito da aferição das práticas discriminatórias, para efeitos de "celebração, execução e cessação do contrato de seguro" (art. 15.º, n.º 3); para efeitos do regime da declaração inicial do risco (art. 26.º, n.º 1, b), e n.º 4, b); para efeitos de variação do risco (arts. 92.º, n.º 1, 93.º, n.º 2, b), 94.º, n.º 2). Com o que o critério seguido tem necessariamente que se subjectivizar, no sentido de *assentar na prática daquele segurador em concreto*⁷⁷².

Não vamos, pois, tão longe como a doutrina alemã: o ponto de partida deve aqui ser a *prática de tarifação do segurador em concreto, e não a técnica razoável para o ramo segurador em causa*. Isto não quer dizer que o critério possa ancorar-se exclusivamente na consideração estanque do que seja a tarifação efectivamente seguida pelo segurador em causa. Tal critério encontra limites objectivos, decorrentes da *boa fé e do fim prático que dá utilidade ao contrato*. Com efeito, este expediente não deve servir para *re-transferir opacamente para o segurado os riscos cuja cobertura dá sentido à celebração de um seguro daquele género*. Tão-pouco deve, como dissemos, *servir estratégias pouco transparentes de*

⁷⁶⁹ Sobre esta dupla limitação, WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG* § 23, cit., nm. 2 e 3.

⁷⁷⁰ Metodologicamente, para concretizar este segundo pólo é frequente o recurso à ideia de acordo tácito de cobertura de certas circunstâncias, procedendo-se a uma interpretação-integração do contrato de acordo com a boa fé, em atenção aos usos do tráfico. Assim, ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 403; servindo-se também do expediente da declaração tácita, WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG* § 23, cit., nm. 26. Esta genuína ficção não parece, porém, metodologicamente sã – melhor se andará ao fundar os resultados directamente no Direito objectivo, invocando a preservação do sentido jurídico económico do contrato em atenção à boa fé (cfr., por todos, PAULO MOTA PINTO, *Declaração...* cit., pp. 139 e ss).

⁷⁷¹ JÜRGEN PRÖLSS, § 23, cit., nm 11 e 12.

⁷⁷² Analogamente, para o regime da declaração inicial do risco, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "O dever de informação do (candidato a) tomador...", cit., pp. 407-408.

concorrência, permitindo que o segurador surja no mercado com condições artificialmente concorrenciais, que logo tratará de alterar no curso do contrato.

Em suma: deve partir-se das *práticas do segurador concreto*, desde que tais práticas *se mostrem razoáveis face às expectativas legítimas de cobertura do risco em causa*⁷⁷³.

Tal equilíbrio deve ser antes de mais ancorado na *avaliação inicial do risco*. Servindo de interface entre a prática do segurador em causa e os factores da esfera do segurado que este sabe serem relevantes para a cobertura, a avaliação inicial do risco – compreendendo a obtenção de informação pelo segurador por vários processos, onde pontificam a declaração do risco e a avaliação directa do risco (vg., por exames médicos) *desde que sejam visíveis para o segurado os seus resultados*, – deve ser o ponto de referência central para identificação das circunstâncias cuja modificação consubstancia uma alteração do risco. Ao tratar *conjuntamente o dever do segurado de declaração dos agravamentos do risco* e a possibilidade de o segurador *retirar consequências de tais agravamentos para efeitos de modelação contratual*, o RJCS *impõe em toda a linha, neste regime, um princípio de transparência*. Não se trata apenas de limitar *o dever de comunicação* às hipóteses em que a verificação dos seus pressupostos é transparente para o devedor: trata-se *de garantir que lhe são também transparentes as circunstâncias em que a modificação ou cessação do contrato pode ter lugar*⁷⁷⁴. Por outro lado, a alocação

⁷⁷³ Este equilíbrio entre um ponto de partida concreto, atinente à prática do específico segurador, e uma correcção abstracta ou objectiva que o vem corrigir está presente nas considerações de Leduc in HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 435-436, embora o autor pareça reservar inteiramente o momento da contemplação de circunstâncias objectivas para a sede da apreciação do agravamento do risco. O paralelo é tanto mais interessante quanto o ordenamento francês faz o dever de comunicação assentar exactamente na moldura da declaração inicial do risco efectuada.

⁷⁷⁴ Esta preocupação surge mesmo em regimes de feição claramente objectivista – *hoc sensu*, que divorciam as consequências de um agravamento da imposição de qualquer dever. É o que ocorre em face do art. 4:203, 3), dos PEDCS, que regula as hipóteses de ocorrência de um sinistro antes da cessação da cobertura limitando a possibilidade da previsão de perda do direito aos casos em que o tomador tivesse ou devesse ter conhecimento do risco agravado. Seria sem dúvida temerário impor ao tomador ou segurado um dever de comunicação sempre que houvesse, de acordo com a técnica seguradora do seu co-contratante – ainda que construída como apropriada e razoável – uma alteração apta a influir no cálculo actuarial ao ponto de determinar o cálculo de um prémio mais elevado ou a recusa da contratação. Num grande número de casos, o sujeito não estaria sequer em condições de identificar os pressupostos do seu dever, sendo a questão resolvida à luz da falta de culpa. Porém, nem esse ponto de vista parece correcto, à luz da insuficiência dos critérios puramente actuariais para dar um enquadramento cabal à questão da distribuição equilibrada do risco. Note-se que o apelo à técnica seguradora releva ainda na consideração que se faz dos factores que, ainda que questionados pelo segurador, são por este usados enquanto meros índices da gravosidade do risco seguro – factores que têm uma correlação com o risco, sem que porém directamente o influenciem. O exemplo de escola é da maior prevalência de sinistralidade rodoviária no conjunto dos fumadores do

justa do risco contratual *não dispensa a correcção destes juízos* – sob pena de se assistir a uma constante flutuação dos termos da cobertura. Tal reflecte-se na *construção da noção de agravamento relevante*.

2. As circunstâncias relevantes

Numa primeira delimitação externa, há que salientar que, para que releve, o agravamento não deve traduzir-se num sinistro – senão, terá obviamente que ser suportado pelo segurador, já que pertence à sua esfera de risco contratual. Tão-pouco pode ser de tal ordem que desfigure permanentemente o risco suportado. Aí, fala-se de uma mutação ou transformação do risco, caindo o interesse no risco cuja suportação se contratou, e caducando o contrato⁷⁷⁵. Dentro desta moldura, curamos tanto do aumento da probabilidade de ocorrência de sinistro – vg., o segurado passa a depositar material pirotécnico na sua cave –, como do agravamento das suas consequências potenciais⁷⁷⁶⁻⁷⁷⁷.

que no dos não fumadores. A doutrina (por exemplo, JÜRGEN PRÖLSS, § 23, cit., nm. 14) considera que a alteração num destes factores usados como meros intermediários na avaliação do risco não deve estar sujeita ao regime do respectivo agravamento – o que mais uma vez patenteia as subtilezas de que se rodeia a avaliação do risco, e a iniquidade de assacar ao tomador o risco pela identificação da relevância de dada alteração.

⁷⁷⁵ No ordenamento alemão, por referência à assim designada "Gefähränderung", ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 376 e 379-380; mais recentemente, ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, "§ 23", cit., p. 739; JÜRGEN PRÖLSS, § 23, cit., nm. 5; no ordenamento suíço, reportando-se a uma "Gefahrswechsel", STEPHAN FUHRER, "Vorbemerkungen...", cit., p. 389; no ordenamento francês, salientando que o risco agravado deve porém permanecer nos contornos da definição contratual do risco segurado, Leduc in HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 433-434, sob pena de se estar já perante um risco novo.

⁷⁷⁶ Já assim, ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 377; mais recentemente, cfr. JÜRGEN PRÖLSS, § 23, cit., nm. 7. Note-se que não se trata, aqui, porém, do mero aumento do valor ou alargamento do âmbito do interesse seguro – hipóteses essas que relevam apenas para aplicação do disposto sobre subseguro –, mas sim ainda de interferências na definição do sinistro ou no processo causal atinente à materialização do risco, que, não a tornando mais provável, lhe aumentem, o alcance material ou temporal. Basta pensar na hipótese de remoção de um sistema de portas corta-fogos: se estas não interferiam na probabilidade de ocorrência de um incêndio em si (não sendo, ao contrário de um extintor, aptas a anulá-lo desde logo) evitam, porém, a respectiva propagação e extensão dos danos.

Alguns autores acrescentam aqui ainda aquilo que se designa na esfera alemã por agravamento do "risco contratual" – atinente não às circunstâncias do risco seguro ou das suas consequências, em si, mas ao agravamento da possibilidade de accionamento injustificado do contrato WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG § 23*, cit., nm. 78; ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 377 dão o exemplo de um tomador que, depois da celebração deste contrato, lança voluntariamente fogo a uma casa segurada no âmbito de outro. É aqui debatida a relevância para estes efeitos da celebração múltipla de seguros para cobertura do mesmo risco – negam-na Bruck e Möller na ob. cit., p. 386, alegando que tais hipóteses dispõem já de regulação especial. Com WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG § 23*, cit., nm. 84-85, negamo-la também, por as normas que regulam o contrato de seguro não proibirem a celebração de seguros múltiplos, mas apenas limitarem a possibilidade de obter mais do que o pagamento dos danos sofridos, no caso dos seguros de danos, e imporem ao tomador/segurado deveres de informação, no caso dos seguros de capitais – permitindo então ao segurador estar de sobreaviso face a qualquer suspeita de fraude.

⁷⁷⁷ Conquanto sejam atinente à generalidade dos segurados de certa categoria, e não atinente ao risco

Como vimos, as alterações relevantes referem-se ao risco concretamente coberto – portanto, a alterações concretas verificadas na esfera do segurado –, e não a quaisquer outras alterações sofridas nas variáveis consideradas pelo segurador. Este âmbito de relevância recorta-se *por referência à amplitude com que o a prestação inicial de informações relativas ao risco se colocou*, e tem como universo de abrangência potencial *os factos que alterem a classificação do risco concretamente segurado*.

Nos sistemas de questionário fechado, tal articulação é mais evidente e mais transparente. O dever subsequente que agora se apresenta ao tomador pode, pois, circunscrever-se do seguinte modo: se o segurado tivesse agora que alterar alguma das respostas dadas ao segurador, deveria comunicar-lho; e, *quando este último não perguntou por determinada circunstância, fica indiciada a sua irrelevância*⁷⁷⁸.

Parece-nos que, mesmo tendo o nosso sistema feito a opção questionável de consagrar o modelo do questionário aberto⁷⁷⁹, as soluções não se apartarão em demasia. Desde logo porque a *interpretação integrada do regime da prestação inicial de informação relativa ao risco face aos demais juízos do sistema jurídico*

concreto, são também tidas por relevantes as alterações legislativa que alterem os pressupostos ou extensão do evento que constitui um sinistro – pense-se, v.g., no domínio da responsabilidade civil (já assim, ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 376 e 379-380; mais recentemente, ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, "§ 23", cit., p. 739; JÜRGEN PRÖLSS, § 23, cit., nm. 4-5 e 15; também MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., p. 189). Quando de tal alteração não resulte uma verdadeira transmutação do risco em causa, o juízo é de acolher, já que se trata de uma circunstância que bule decisivamente no equilíbrio contratual. Questão diversa é a dos pressupostos do dever de comunicar – nem sempre se podendo partir do conhecimento de tal circunstância pelo segurado.

⁷⁷⁸ Assim, ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, "§ 23", cit., p. 736, como vimos; JÜRGEN PRÖLSS, § 23, cit., nm. 10, "[w]enn der Versicherer das Risiko eines ihm unbekanntes gefahrerheblichen Umstandes tragen muss, dann besteht kein Grund, ihn dieses Risiko nicht tragen zu lassen, wenn der Umstand zufällig nach der Vertragserklärung des VN eintritt". Acompanham-no no essencial WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG § 23*, cit., nm. 75. Aparentemente noutro sentido pronunciavam-se ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 382: embora o autor se pronuncie quanto a um sistema de questionário aberto (o da VVG na sua versão anterior), afirma que o cumprimento do dever de declaração inicial do risco (supomos, como tal que se refere a uma identificação cabal dos factores relevantes para a determinação do risco seguro) não configura uma descrição do risco para efeitos da identificação *prima facie* das circunstâncias cuja alteração configura um agravamento relevante. Mais à frente (p. 403), os autores atribuem mesmo às questões colocadas inicialmente pelo segurador valor indiciário face às circunstâncias que se devam ter por cobertas.

⁷⁷⁹ A crítica a esta opção legislativa – que veio aliás em contracorrente das tendências manifestadas nos ordenamentos mais próximos – é muito representativa – cfr. JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, "O novo...", cit., pp. 13-14, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "O dever de informação do (candidato a) tomador...", cit., pp. 400-402, ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, "O novo regime do contrato de seguro, Antigas e novas questões", 2010, disponível em <http://www.trl.mj.pt/PDF/REGIME.pdf> (consultado pela última vez a 15.01.15), pontos 5.3 a 5.7., considerando que o regime que afinal se consagrou implica uma distribuição de riscos inequitativa, o que, a par da falta de transparência do sistema para o segurado, tem por consequência a potenciação da litigiosidade.

devolve ao segurador uma parte considerável do risco de identificação das circunstâncias relevantes. Assim, para um tomador leigo, face a um questionário dotado de densidade, o universo de questões nele incluído aparecerá legitimamente, de acordo com a boa fé, como o tendencial recorte das circunstâncias que o segurador tem por relevantes. O inverso acontece nos seguros em que a avaliação inicial do risco é invisível para o segurado – pense-se num seguro de acidentes de viagem associado à aquisição de uma viagem com cartão de crédito. Se ao segurado não é perceptível a prestação de qualquer informação sobre o risco aquando da contratação, não lhe será compreensível que a deva prestar depois. Mais geralmente, os termos da redacção do questionário não poderão ser perdidos de vista na avaliação da relevância de determinada circunstância. Acresce, face à protecção especialmente densa que o nosso ordenamento confere à protecção dos dados pessoais sensíveis, que o sistema do questionário aberto não poderá deixar de ser corrigido, sob pena de inconstitucionalidade, por apelo ao parâmetro da proporcionalidade⁷⁸⁰.

Antes de mais, *o azimute retira-se, pois, do patamar contratual: do conteúdo do contrato, em cuja disquisição releva o processo da formação do consenso.* Tal é ademais consentâneo com o facto de que a matéria da distribuição do risco contratual é em grande medida matéria dispositiva. O primeiro passo metodologicamente procedente será, pois, o de determinar interpretativamente o que dispõem os documentos contratualmente relevantes a este respeito. Se determinada circunstância tiver sido declarada irrelevante para efeitos do agravamento do risco aquando da celebração do contrato, não pode o segurador depois vir a prevalecer-se dela: em sua defesa, pode o tomador então invocar o *venire contra factum proprium*⁷⁸¹. Em casos menos crassos, se há cláusulas que proíbem determinadas situações por as qualificarem como agravamento do risco seguro, ou que impõem um dever de comunicação destas, torna-se claro que recortam o limiar do agravamento do risco relevante. Da sua interpretação resultará normalmente que, abaixo do limiar proibido ou que acciona o dever de comunicação, estamos perante uma circunstância tida em conta pelo segurador enquanto ainda inserta no espectro

⁷⁸⁰ Neste sentido, permitimo-nos remeter para o nosso MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, "Risk assessment vs. right to privacy: The access to health information on the insurance candidate through questionnaires and the right to privacy", *EJHL*, 2013, pp. 63-78, sobretudo pp. 74 e ss.

⁷⁸¹ ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 395

do risco coberto pelo contrato⁷⁸² – ou seja, não estamos perante um agravamento do risco relevante. Estas disposições contratuais não podem, claro, valer de modo ilimitado – veremos à frente, na parte V, os limites que enfrentam, nos quais reconheceremos a matriz analógica que perpassa também os juízos que se seguem. No tocante às consequências da constatação de um agravamento, sabemos já que estamos perante normas semi-imperativas.

Acresce que, continuando o diálogo com o modelo alemão, mesmo nos quadros da consagração que aí obteve o modelo de questionário fechado, a referência ao que foi inicialmente perguntado e respondido não basta. Aí, como nos quadros do nosso modelo, ressalvadas terão que ficar as hipóteses em que o *segurador legitimamente confiou na não verificação de certas circunstâncias, não merecendo, conversamente, o tomador tal tutela* – ou porque se trata da prática por este último de uma actividade contrária à lei ou aos bons costumes⁷⁸³, ou porque (o que, face ao nosso sistema, já nada acrescenta) dolosamente silenciou uma circunstância não perguntada mas que sabia relevante (cfr., na VVG, § 22). Também não são identificáveis por este critério da atribuição do risco da identificação inicial as *circunstâncias que, de acordo com a sua natureza, apenas num momento subsequente ao da emissão da declaração do tomador se poderiam revelar; como não o são as circunstâncias que a todo o momento podem ocorrer, como deixar de se verificar*. Para que relevem, deverão ser atinentes à esfera do segurado, em termos tais que, ocorrendo à data da conclusão, deveriam ter sido por este declaradas. Não terão, porém, tão-pouco estas, que ser de tais sujeitos efectivamente conhecidos – tal releva apenas em sede de aferição dos pressupostos do cumprimento do dever de comunicação, não logo em face da identificação das circunstâncias (potencialmente) relevantes.

3. O agravamento relevante

Cumpre agora determinar em que termos se torna relevante a variação do

⁷⁸² ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, "§ 23", cit., p. 745, citando o exemplo de um contrato que define como constituindo um agravamento do risco o estado desabitado de um edifício por mais de 60 dias – daí se retirando, segundo a autora, algo que é logicamente prévio a uma autorização de agravamento do risco: uma qualificação como não agravante de uma desocupação inferior a esse período.

⁷⁸³ A jurisprudência alemã exige também o segurador às consequências de não ter perguntado por certas circunstâncias pessoais, como o alcoolismo – cfr. JÜRGEN PRÖLSS, § 23, cit., nm. 10 e 13.

risco subjacente à alteração de determinada circunstância. É por esta via que se contraria a disrupção que adviria ao contrato se nele devesse ser reflectida qualquer alteração de uma circunstância relevante para o risco. Tal concretiza-se em diferentes parâmetros.

Em primeiro lugar, deve exigir-se que *não se trate de agravamentos à partida previsíveis, sob pena tanto de se incentivar a leviandade no cálculo do risco, como de afinal se reter uma parte significativa do risco na esfera do segurado*⁷⁸⁴: se o agravamento daquele risco for previsível, deve o segurador normalmente diligente incluí-lo à partida no cálculo do prémio. Sendo esse o sentido do critério, deverá o seu alcance ser consequentemente limitado: tal só deve valer se o agravamento em causa *dever ser tido como inerente ao comportamento usual daquele risco*⁷⁸⁵. Frise-se que não se trata aqui das representações do segurador em particular, mas sim das representações do mercado de seguros tomado no seu conjunto – já que estamos agora no plano da garantia de que o contrato não atraíça o seu escopo. É o exemplo do agravamento do risco ligado ao envelhecimento da pessoa segura no seguro de saúde. Estão nestas condições as circunstâncias que sejam um estágio intermédio da materialização de um perigo integrado na descrição do risco seguro; para além destas, as circunstâncias que constituam a causa necessária ou pelo menos especialmente frequente do sinistro em causa⁷⁸⁶. Um cálculo do prémio que mereça o qualificativo de razoável deve, pois, tê-las em conta. Considera-se que, se determinadas circunstâncias forem do conhecimento geral, devem ser tidas por concludentemente incluídas na cobertura⁷⁸⁷. Em geral, não devem ser tidas, porém, por cobertas, as circunstâncias que assentem numa decisão do tomador, a não ser que tenham sido impostas pelas circunstâncias ou que correspondam à normal utilização e administração do bem seguro⁷⁸⁸.

Deve ainda tratar-se de um agravamento *efectivo*⁷⁸⁹.

⁷⁸⁴ Assim, ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 375; mais recentemente ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, "§ 23", cit., p. 740.

⁷⁸⁵ Assim, ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, "§ 23", cit., p. 740; similarmente, JÜRGEN PRÖLSS, § 23, cit., nm. 24;STEPHAN FUHRER, "Vorbemerkungen...", cit., p. 394.

⁷⁸⁶ JÜRGEN PRÖLSS, § 23, cit., nm 11 e 12.

⁷⁸⁷ WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG § 23*, cit., nm. 26

⁷⁸⁸ JÜRGEN PRÖLSS, § 23, cit., nm 12, considera entre as primeiras circunstâncias o retirar da cobertura a uma casa para a reparar, face ao seguro contra tempestades; ou a colocação de andaimes numa casa, face ao seguro contra furto.

⁷⁸⁹ O ac. do STJ de 12 de Janeiro de 2010, Processo n.º 1267/06.6TBVNG.P1, considerou, em sede

Para apurar da existência de um agravamento do risco efectivo, a comparação faz-se, antes de mais, com *o risco efectivamente existente* à data da contratação – e não com *o risco que se supusesse existir a essa data*⁷⁹⁰. Quer-se com isto sublinhar que, *não tendo o risco efectivamente variado* entre a data da celebração do contrato e a data posterior em que se detecta que este é afinal mais grave, não são as regras sobre o agravamento do risco que estarão em causa, mas sim as regras respeitantes à declaração inicial do risco. Tal agravamento efectivo deve ser medido através de uma *avaliação global do risco* – ou seja, este não se tem por agravado se, conquanto potenciado pela alteração de parte das circunstâncias que o configuram, tenha sido por outro lado o risco minorado por variação inversa de outras circunstâncias. Fala-se então aqui de uma *compensação de riscos*⁷⁹¹.

de seguro de incêndios, que o facto de, na sequência do divórcio, ter ficado apenas um dos dois cônjuges a residir na casa não constituía, por si só, agravamento do risco.

⁷⁹⁰ Trata-se de uma adaptação do critério vigente na Alemanha, por referência ao momento da declaração inicial do risco – ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, "§ 23", cit., pp. 736-737 –, que, devidamente adaptado, mantém pertinência face à nossa ordem jurídica.

⁷⁹¹ É opinião maioritária que esta compensação de riscos se aprecia de um modo global, não tendo que existir qualquer conexão interna entre a circunstância redutora do risco e a dele agravante, nem qualquer congruência entre a *causa de dano* potenciada pela circunstância agravante e a aplacada pela causa de diminuição do risco (*Kompensationskongruenz*), nem sequer – como patente no exemplo – entre *o tipo de risco* potenciado pelo agravamento e o evitado pela diminuição. ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, "§ 23", cit., pp. 738-739; JÜRGEN PRÖLSS, § 23, cit., nm. 17. Reportava-se já a uma reposição do risco em termos de grau e não naturalísticos ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 390. Na concretização desta mecânica, cita a doutrina alemã jurisprudência como a que considera haver tal compensação quando, face ao deixar vagos os quartos de uma hospedaria, se há por um lado uma diminuição do risco de incêndio, por haver menor tráfego de pessoas, há por outro lado um aumento do risco de furto/assalto. Contra, poder-se-ia esgrimir que o agravamento num lugar não perde o seu carácter pela diminuição do risco noutra – haveria que separar e aplicar as disposições sobre diminuição do risco à última das hipóteses e sobre agravamento à primeira. A letra do antecessor do § 24, 3, é invocada a este respeito: para que se pudesse concluir pela reposição do estado de coisas que havia antes do agravamento, conforme previsto na letra do artigo, teria que ser a própria circunstância agravante do risco a recuar. Mas esta argumentação é desvalorizada – o próprio § 24, III, pressupõe que se conclua por um agravamento do risco para actuar – e teleologicamente recusada – cfr. ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, "§ 23", cit., p. 738. Com efeito, entende-se que o fito do conjunto normativo constituído pelos §§ 23 e ss. é proteger o segurador face à suportação de um risco mais elevado do que o por si inicialmente calculado – interesse que estaria suficientemente compensado com uma apreciação global do nível de risco. Este entendimento estende-se à compreensão das condições de caducidade do direito de rescisão, nos termos do § 24, III, por ter sido repostos os estados que existiam antes do agravamento do risco. Nesta linha, entende-se também que basta a reposição do *nível de risco* originário, não urgindo a reposição do *próprio estado de coisas* anterior ao agravamento (assim, por exemplo, ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, "§ 24", cit., p. 764, JÜRGEN PRÖLSS, § 24, cit., nm. 8).

Esta avaliação exige ainda a consideração da relação temporal mútua entre agravamento e diminuição do risco. Segundo opinião dominante na doutrina alemã, estas não têm que ser síncronas; mas, segundo doutrina de relevo, a não o serem, a diminuição do risco deve anteceder o respectivo agravamento (assim, ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, "§ 23", cit., p. 739). O raciocínio parece ser o seguinte: até à ocorrência do agravamento, o tomador goza da faculdade de se prevalecer da diminuição, pedindo a diminuição do prémio nos termos do § 41; tal faculdade deixa de poder ser feita valer com a ocorrência do agravamento – não atribuindo os autores, aparentemente, qualquer relevância ao facto de o segurador ter efectivamente suportado um risco menor num dado período.

Este critério serve ainda para ditar a irrelevância de um agravamento do risco em potência. Não basta que o tomador planeie uma exposição agravada ao risco; é necessário que esta ocorra⁷⁹². Equipara-se, porém, a intenção manifestada de *provocação do sinistro* pelo tomador a um agravamento do risco, desde que tais ameaças sejam repetidas, se estendam por um período longo de tempo e possam ser levadas a sério⁷⁹³.

A relevância do agravamento requer ainda a sua *durabilidade*. Este entendimento vale actualmente no ordenamento belga⁷⁹⁴, tem acolhimento no ordenamento italiano⁷⁹⁵ e na interpretação dos clausulados ingleses⁷⁹⁶ e é também largamente maioritário na Alemanha⁷⁹⁷ acolhendo-se à linha doutrinária firmada já na jurisprudência do *Reichsgericht* e que recebeu novo lastro argumentativo num

Diferentemente é perspectivada a questão quando o agravamento se antepõe à diminuição: aí, o segurador suportou um risco mais grave do que o contratualizado, apenas por mero acaso não se tendo materializado o sinistro. Assim, devia caber-lhe o direito ao diferencial entre o prémio percebido nesse período e o prémio correspondente ao risco suportado, nos termos do § 25. Não devia, porém, caber-lhe o direito a fazer cessar o contrato, ainda que o agravamento tivesse provindo do tomador nos termos do § 23, I, já que com a ulterior compensação deste agravamento desapareceria qualquer pretexto para que o segurador se desvinculasse do contrato. Parece-nos totalmente ilógica esta falta de simetria: se se entende como imprescindível repor a equivalência entre as prestações quando o desequilíbrio desfavorece o segurador – dando-lhe o direito de exigir uma prestação acrescida da contraparte –, não se vê porque não se outorgue direito paralelo ao tomador. Reconhecendo-se que o risco agravado apenas "por acaso" não se materializou em sinistro, não há porque não reconhecer também a menor margem que tal teve para suceder em fases de diminuição do risco. O juízo de ponderação global a fazer não parece, em suma, isento de complexidade.

Diga-se, por último, que, em matéria de prova, entende-se que recai sobre o segurador o ónus de provar o peso relativo das circunstâncias agravantes e minoradoras do risco, bem como do seu reflexo global sobre o risco (dão-nos disso nota WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG* § 23, cit., nm. 277, citando jurisprudência a propósito).

⁷⁹² JÜRGEN PRÖLSS, § 23, cit., nm. 8 e 22, considerando que seria injusto associar as consequências gravosas da rescisão e da perda do direito a meras intenções de prática, pelo tomador, de actos consubstanciadores de um agravamento. O agravamento tem-se, porém, por consumado quando a efectiva exposição ao risco, ainda não actual, venha necessariamente a tornar-se efectiva, sem que isso dependa de uma decisão da parte do tomador – dá-se o exemplo da colocação à disposição de um receptáculo de pontas de cigarro feito em plástico.

⁷⁹³ Tal a jurisprudência em matéria de ameaça de incêndio – cfr. os arestos citados em WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG* § 23, cit., nm. 82.

⁷⁹⁴ MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., p. 189.

⁷⁹⁵ MARCO ROSSETTI, "§ 17", cit., p. 114.

⁷⁹⁶ Onde se atribui às correntes "increase of risk clauses", que impõem ao segurado o dever de informar de factos que agravem relevantemente o risco, o sentido de se reportarem apenas a *agravamentos permanentes e habituais*, devendo o segurador dispor expressamente no clausulado a referência do dever de informação a agravamentos meramente temporários, caso a pretenda – cfr. JOHN BIRDS, *Birds'...* cit., pp. 144-145.

⁷⁹⁷ ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, "§ 23", cit., p. 740, e jurisprudência aí citada. Aceita-o actualmente também JÜRGEN PRÖLSS, § 23, cit., nm. 20, considerando que a curta duração do estado de agravamento depõe a favor da sua normalidade e inclusão na cobertura. Mesmo WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG* § 23, cit., nm. 35 e ss., que desvalorizam actualmente este critério, não deixam de lhe atribuir valor indiciário, tomando a curta duração do agravamento como sintoma da sua irrelevância.

acórdão do BGH de Outubro 1952⁷⁹⁸. Assim, exige-se que o agravamento possa ter uma tal duração que o torne naturalisticamente apto a constituir um novo processo de risco, sendo geralmente adequado a favorecer a ocorrência do sinistro. De outro modo, toda e qualquer causação voluntária do sinistro constituiria do mesmo passo uma hipótese de agravamento do risco, o que minaria os pressupostos apertados que acompanhavam aquele primeiro regime. Precisa-se que se deve atender não à duração que tal estado agravado de risco tenha efectivamente tido, mas *sim a este ser, ou não, de acordo com a sua natureza, apto a manter-se*. Apenas quando se afirme um novo e mais elevado nível de risco, correspondente a um estado apto a manter-se, se *desfará então a equivalência entre o risco suportado e o prémio cobrado*. Por outro lado, só em vista desta duração se compreende a imposição da comunicação do agravamento – este teria que ter um mínimo de duração para que um dever desse género tivesse qualquer sentido⁷⁹⁹. Este último argumento é, porém,

⁷⁹⁸ Ac. do BGH, 18.10.1952 (II ZR 72/52), nm. 7 e ss., alinhando a doutrina e jurisprudência que militava contra – com Erich Prölss à cabeça – e a favor da exigência do dito pressuposto da duração. Com efeito, minoritariamente, ERICH PRÖLSS, "Trunkenheit am Steuer und Kraftfahrtversicherung", *VersR*, 6, 1951, pp. 137-140, pp. 137-139 dispensava este requisito, estabelecendo apenas uma exigência mínima: o agravamento não poderia rapidamente converter-se num sinistro, devendo haver um intervalo ("estado de repouso") mínimo entre o agravamento do risco e o sinistro, sob pena de a distinção entre um e outro ser totalmente artificiosa. Contra esta tese, argumentou o referido acórdão do BGH que não faria sentido compreender entre os agravamentos do risco situações puramente transitórias, sob pena de subverter a diferença entre os dois aludidos institutos. E tão-pouco faria sentido o critério proposto por Prölss para a distinção nos casos limites, que atendia ao "se" e ao "quando" da efectivação daquele concreto agravamento do risco em sinistro. Se bem o interpretamos, defende o aresto que o decurso concreto da transformação daquele agravamento em sinistro seria muitas vezes arbitrário; devia, pois, buscar-se um critério num plano mais abstracto que possibilitasse a distinção. Precisa-se, pois, que se deve atender não à duração que tal estado agravado de risco tenha efectivamente tido, mas *sim a este ser, ou não, de acordo com a sua natureza, apto a manter-se* – cfr., do ac. em causa, nm. 11-14, onde a ideia é várias vezes retomada; sublinha-o ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 378 (nm. 9). Não referiremos em texto um último argumento também usado pela dita jurisprudência e atinente à protecção dos interesses dos participantes, já que este se prende com disposições da VVG na sua versão anterior, que actualmente não se mantêm. O argumento aduzido, reconduz-se, no fundo, à já aludida ideia de não desvalorização da protecção seguradora (expressão que o acórdão não usa (cfr. nm. 15), mas que usa, por exemplo, ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 378, na descrição do conteúdo daquele). Uma vez que o regime vigente ao tempo dos factos permitia, em caso de agravamento do risco, a exoneração do segurador em caso de simples negligência do tomador, ademais presumida – ao passo que o regime da causação do sinistro exigia negligência grave –, tal implicava que a falta de uma cabal distinção entre os pressupostos de aplicação dos dois regimes levaria a que uma hipótese que deveria estar sujeita aos pressupostos mais apertados da causação do sinistro pudesse também ser enquadrada no regime do agravamento. A consequência materialmente insustentável entraria pelos olhos dentro em face de um seguro de responsabilidade civil: sendo aqui por definição o sinistro causado pelo segurador, e na generalidade dos casos de modo culposo, era a própria lei a limitar o regime da exoneração do segurador em caso de causação do sinistro pelo tomador às hipóteses de actuação dolosa deste. Ora, não obstante, o segurador poderia sempre eximir-se à cobertura de um sinistro deste tipo, invocando o agravamento do risco que sempre o teria precedido, e impondo ao segurado o encargo de *provar a ausência de qualquer negligência da sua parte no agravamento* para poder aceder à cobertura...

⁷⁹⁹ Já não se admite, porém, face ao regime de proibição do agravamento do risco, que se invoque

tido como mais débil, conferindo à durabilidade meramente valor indiciário da relevância do agravamento⁸⁰⁰. A aceitar-se, de todo o modo, o critério da duração, assacar-se-á um dever de informação ao segurado em seguro de acidentes pessoais a quem seja diagnosticada epilepsia; mas já não no caso de um surto psicótico isolado⁸⁰¹.

4. Pressupostos subjectivos do dever e contraposição face à culpa

Questão fundamental é a do momento de constituição de tal dever, que fixa o início da contagem do prazo: a de saber qual o pressuposto subjectivo mínimo para que o dever de informar se constitua⁸⁰². Bastará o conhecimento da circunstância – vg., o conhecimento de que ao lado da casa segurada contra incêndios se instalou um arquivo de película cinematográfica – ou é também necessária a representação do seu carácter agravante do risco de incêndio para que o dever se constitua e o prazo comece a contar?

como argumento que a duração do agravamento sempre teria que dar margem a um pedido de autorização ao segurador para efeitos de manutenção do agravamento – com todo o propósito, afirma o acórdão (nm. 13) que a lei não impunha qualquer dever de pedir uma autorização ao segurador, mas (logicamente prévio a ele) um dever de simplesmente não agravar o risco seguro.

⁸⁰⁰ Já assim, ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 409. Mais críticos, WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG § 23*, cit., nm. 35 e ss., argumentando, à face da lei alemã, que as respectivas normas proíbem, antes de mais, simplesmente o agravamento do risco, sem que o defina pelo dever de informação que lhe vem associado.

⁸⁰¹ Cfr. a jurisprudência citada em WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG § 23*, cit., nm. 79.

⁸⁰² Outra questão que se levanta a propósito do surgimento deste dever é a da sua delimitação face ao regime da declaração inicial do risco. O texto dos arts. 91.º, n.º 1, e 93.º, n.º 1, reporta inequivocamente o surgimento deste dever à "vigência do contrato" ou "período da sua execução" – com o que o período que antecede a produção de efeitos pelo contrato (normalmente, o que antecede as zero horas do dia subsequente à sua celebração – art. 39.º) ficará sob a alçada do regime da declaração inicial do risco (quanto a esta questão e ao que diremos de seguida, cfr. entre nós, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "O dever de informação do (candidato a) tomador...", cit., pp. 404-405 e MARGARIDA LIMA REGO, "O risco...", cit., p. 286). Este é o entendimento que prevalece, face a redacções semelhantes do texto da lei, no ordenamento suíço – cfr. STEPHAN FUHRER, "Vorbemerkungen...", cit., pp. 402-403 – e que é também tido por mais acertado face ao ordenamento francês, apesar das oscilações jurisprudenciais verificadas a esse respeito – HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 427-429. Era também o regime vigente à face da anterior VVG, tendo tal delimitação sido alterada com a nova versão da lei. Com efeito, o actual § 23 da VVG coloca este dever sobre o tomador a partir da emissão da sua declaração inicial. ALEMANHA, *VVG-RegE*, cit., p. 67. Esta é, conforme dá nota ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, "Vorbemerkungen zu §§ 23...", cit., p. 732, a posição maioritária, também seguida pela autora. De resto, a doutrina citada em apoio da posição contrária é ainda prévia à entrada em vigor da actual VVG. A articulação entre o dever de declaração inicial do risco e este conjunto de deveres atinentes a agravamentos posteriores não é, porém, tão linear quanto isso, já que o § 19, I, frase 2, estende ainda o regime da declaração inicial do risco à informação prestada pelo tomador em resposta às questões que lhe forem colocadas por escrito e nos termos da frase 1 da mesma norma pelo segurador, entre o momento da declaração negocial do tomador e o da aceitação pelo segurador. Segundo, WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG § 23*, cit., nm. 14, o regime de agravamento do risco não deixa, porém, de se aplicar em paralelo neste lapso temporal; e os autores parecem admitir haver nele lugar à anulação com fundamento em dolo.

O ordenamento português exige a prova do conhecimento efectivo da circunstância, não bastando a mera cognoscibilidade – não só a letra da lei depõe nesse sentido, como o faz a respectiva teleologia. Com efeito, o contrário equivaleria a impor ao segurado um constante dever de investigação, para activamente ficar conhecedor de novas circunstâncias aptas a afectar o risco, sob pena de perda da cobertura, num zelo superior mesmo ao normal num sujeito que não dispusesse de cobertura⁸⁰³. As dificuldades de prova do conhecimento efectivo não devem ser supridas por esta via, mas em sede própria, mediante recurso à prova por presunções judiciais⁸⁰⁴.

Deve já, porém, ser equiparada ao agravamento voluntário a hipótese de o tomador dolosamente afastar de si o conhecimento do agravamento⁸⁰⁵. De outro

⁸⁰³ Assim, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "O dever de informação do (candidato a) tomador...", cit., pp. 405-406, face ao dever de declaração inicial do risco, considerando que este apenas abrange as circunstâncias conhecidas do tomador de seguro ou do segurado, e não já as cognoscíveis. Tal é o mais compatível com a razão de ser do dever: não se trata de impor ao tomador do seguro ou segurado um ónus de averiguação ou investigação, convertendo-os em "segurador do segurador", mas apenas de consagrar o dever de declarar com exactidão o que se conhece. No mesmo sentido, MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...* cit., p. 104. Em sentido diverso, LUÍS POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 340-342, considera, face ao regime da declaração inicial do risco, por aplicação do parâmetro da boa fé, que o conhecimento deve ser equiparado ao *desconhecimento culposo*, reportando-se aqui o autor ao parâmetro da diligência de um *bonus pater familias*. O exemplo de que parte – da pessoa que se recusa a saber o resultado dos exames feitos – concerne, porém, a uma hipótese de desconhecimento doloso, como as que tratamos em texto. Para o autor, é este o momento da aferição da diligência, não sendo já admissível aplicar o parâmetro da diligência ao juízo sobre a relevância das circunstâncias conhecidas ou cognoscíveis. O autor considera que (pp. 349-351), se um sujeito se pode comportar com negligência ou falta dela face à apreensão de uma situação objectiva, não pode haver negligência em relação à emissão de juízos, já que estes são operações puramente mentais. Portanto, se o tomador conhecer as circunstâncias mas não as dever ter por razoavelmente significativas, não há sequer ilicitude da conduta se as não declarar. É um juízo que não podemos acompanhar: não só pelo que dizemos em texto, mas porque não podemos subscrever que um juízo valorativo não possa ser falho de diligência – se este parâmetro não sindicasse também a formação de juízos valorativos, não se compreenderia, desde logo, o regime da responsabilidade por conselhos, informações ou recomendações. Parece-nos antes que o momento em que o parâmetro de avaliação da conduta do segurado decisivamente se normativiza é aquele em que o sujeito tem que determinar quais das circunstâncias são relevantes face ao contrato – não sendo curial impor diligência no conhecimento de todo um conjunto de circunstâncias que pode ou não relevar. ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, "24.º", cit., pp. 142-143, considera que se deverá tirar relevo do desconhecimento grosseiramente negligente, para contrabalançar a severidade do art. 24.º, n.º 3, relativamente ao segurador; o escrito de Júlio Gomes citado na presente nota relativiza, porém, cabalmente este julgamento de generosidade do preceito face ao segurado. A exigência de conhecimento efectivo da própria circunstância agravante é também afirmada no ordenamento alemão (cfr. autores e obras citados nas notas seguintes) ou belga (MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., pp. 175 e 188). A posição oposta, atinente à suficiência da cognoscibilidade, é já a tradicional e ainda vigente no ordenamento francês – cfr. Leduc in HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., p. 431.

⁸⁰⁴ A jurisprudência alemã tem aceitado a prova por indícios fortes – assim, vg., quando a circunstância agravante do risco for um defeito de um bem, considerando que um defeito notório e relevante do bem vale como indício forte do conhecimento dessa falha. Cfr. WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG § 23*, cit., nm. 56, em nota.

⁸⁰⁵ Tal é o entendimento corrente no ordenamento alemão – cfr. ANNEMARIE MATUSCHE-

modo – é quase pleonástico salientá-lo – abrir-se-ia ao segurado uma genuína faculdade de evasão ao dever, sobretudo nas hipóteses onde a sua actuação seria à partida mais necessária. A hipótese de escola é a do sujeito que, receoso face ao resultado dos exames médicos que recebeu, se recusa a abrir o respectivo envelope. Esta hipótese é simultaneamente ilustrativa de que podem interceder razões legítimas para não querer saber, que não o ânimo de defraudar o segurador – exactamente o "right not to know", que vale em relação a informação relativa à saúde. Simplesmente, tanto aqui, como em relação ao momento da contratação, face a seguros facultativos, se não se pode forçar o segurado ao conhecimento – menos ainda à transmissão – de tal informação sensível, menos se pode forçar o segurador a arcar com o risco inerente à opção legítima de não querer saber. Este alijamento do risco por sobre o segurador existe apenas face à questão bem delimitada dos exames proibidos, como o são, entre nós, os testes genéticos. Para que se possa concluir pela subtracção dolosa ao conhecimento, parece-nos, pois, que o tomador deve *ter contado com a possibilidade de um evento agravante* e deve *ter-se recusado a tomar dele conhecimento* – bastando, pois, o dolo eventual⁸⁰⁶. De resto, há lugar a uma inversão do ónus da prova quando o tomador tornar impossível a prova pelo segurador⁸⁰⁷.

Não se exige, já, porém, a prova de que o segurado representou o carácter agravante da circunstância para que o dever se constitua – aí, estamos já perante uma ponderação própria da culpa: há que se um sujeito medianamente diligente, na posse da informação sobre a existência de nova circunstância de que dispõe o

BECKMANN, "§ 23", cit., p. 743; JÜRGEN PRÖLSS, § 23, cit., nm. 45 –, exigindo-se porém, tradicionalmente, que tal actuação do sujeito seja fraudulenta. Não parece, porém, pelo que dizemos em texto, que se deva exigir tanto.

⁸⁰⁶ Na linha da exigência de fraude que vimos em texto ser de recusar, a jurisprudência alemã opera tradicionalmente o seguinte teste: (1) o tomador deve *ter contado com a possibilidade de um evento agravante* e (2) deve *ter reconhecido que a cobertura do risco pelo seguro dependia do seu conhecimento* e por isso deve *ter prescindido de uma verificação, com o fito de não pôr em risco a cobertura*. Esta jurisprudência tem sido, porém, criticada – não só por impor uma prova muito difícil ao segurador, como, da banda de quem aceita o incumprimento por omissão, por a dita casuística assentar na rejeição de tal forma de incumprimento. Diferentemente, o Supremo Tribunal austríaco, seguido por vária doutrina alemã, defende que em vez desta excepção do dolo, se deve seguir outro critério, nos termos do qual *a omissão prolongada de qualquer verificação se deve equiparar ao agravamento voluntário*. Cfr. ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, "§ 23", cit., p. 743; JÜRGEN PRÖLSS, § 23, cit., nm. 45. Também o entendimento austríaco parece aqui pouco adequado, já que abarca também hipóteses de negligência grosseira. Mais adequada parece a facilitação da prova do dolo.

⁸⁰⁷ Cfr. o art. 344.º, n.º 2, do CC. Na doutrina alemã, onde não há fundamento juspositivo para a inversão do ónus nessas hipóteses, havendo porém critérios trabalhados pela doutrina e jurisprudência que amparam tal inversão, defende idêntica solução ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, "§ 23", cit., p. 757.

segurado, representaria o seu carácter agravante. Basta, pois, à luz do critério da diligência normal, determinar, para efeitos de incumprimento culposo, se o sujeito deveria ter qualificado a circunstância como agravante⁸⁰⁸.

Parece-nos, por último, que não há dever de comunicação quando estejam em causa factos públicos e notórios, que o segurado poderá confiar serem do conhecimento geral, e também do do segurador.

Em suma: se é pressuposto do próprio *Tatbestand* do dever o conhecimento da circunstância que patenteia um agravamento – vg., que se instalou no prédio do sujeito um posto de abastecimento de combustível – é já atinente ao juízo de culpa o facto de o sujeito ter ou não dado por relevante tal alteração.

e. O regime do art. 94.º, n.º 2: um ónus de não agravamento do risco?

O regime do art. 94.º, n.º 2, prevê, lembremos, que, independentemente de o segurado ter ou não cumprido o dever de comunicação do agravamento do risco, o segurador poderá sempre eximir-se à cobertura de um sinistro entretanto ocorrido *quando o agravamento resulte de facto do tomador de seguro ou do segurado*, caso demonstre que em caso nenhum celebra contratos que cubram riscos com as características resultantes desse agravamento.

Trata-se, ao que sabemos, de uma originalidade face aos ordenamentos mais próximos. O regime previsto no ordenamento belga para os agravamentos do risco, de resto muito similar ao nacional, não propõe nada de equivalente: o art. 81, §3, b), 2, limita-se a prever, no caso de *incumprimento culposo* do dever de declaração do agravamento, que o segurador *pode sempre recusar a cobertura se provar que nunca cobre riscos daquele género* – sendo ademais irrelevante, portanto, a fonte do agravamento⁸⁰⁹.

Trata-se, com efeito, de uma consequência dotada de um propósito diverso do das que acima elencámos: não se cura aqui, em primeira linha, de retirar consequências de uma conduta do segurado ou tomador. Ainda que se requeira que o facto accionador da consequência seja um facto voluntário do tomador ou do

⁸⁰⁸ Na ordem jurídica alemã, na questão paralela do agravamento do risco, entende-se que falta a culpa quando o tomador, apesar de conhecer a alteração do risco, não reconhece, não obstante adopte a diligência exigida no tráfico, que a alteração das circunstâncias relevantes para o risco torna o sinistro em geral mais provável ou quando lhe é lícito acreditar que o agravamento do risco lhe foi permitido – JÜRGEN PRÖLSS, § 24, cit., nm. 5.

⁸⁰⁹ MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., p. 191.

segurado, não é primacialmente uma reacção a este facto voluntário que está em causa, já que a perda da contraprestação depende decisivamente de o segurador não cobrir, compulsada a totalidade das suas práticas, aquele tipo de risco. Ou seja, não está aqui já em causa apontar para o equilíbrio do concreto contrato, à luz dos dados tarifários respectivos: ainda que o segurador *apenas cobrisse o risco adveniente daquele tipo de facto voluntário por um prémio muito superior* – ou nem o cobrisse em seguros daquele tipo (vg., o segurador não cobre o risco de morte por acidente na prática de escalada num seguro de vida, mas já o cobre num seguro de acidente em viagem) –, não deixa de continuar *vinculado a prestar por inteiro caso tenha havido cumprimento cabal do dever de comunicação*. Pelo contrário, *face à mesma conduta*, o segurador que em circunstância alguma cubra um risco com as características daí resultantes exime-se a fazer qualquer prestação, ainda que tenha havido cumprimento do dever de informar.

Não há, pois, aí sequer uma conduta a cuja adopção o ordenamento queira de algum modo compelir, mas apenas uma norma de distribuição do risco contratual, segundo um juízo aparentemente compósito. De um lado, releva o facto de o segurador em circunstância alguma se prestar a tal cobertura – tratando-se de uma hipótese em que seria de particular violência impor-lha – e de outro releva o tratar-se de um *facto voluntário* do tomador ou asegurado – militando tal voluntariedade por que as consequências permaneçam na sua esfera. Esta referência a um facto voluntário não quadra, pois, com a referência a uma qualquer norma de conduta, atinente ao cuidado para com os bens jurídicos segurados. Assim, o sujeito que aceita um trabalho mais bem remunerado, mas que o expõe a um risco maior de acidente (condutor de pesados numa zona politicamente instável), que *identicamente aceitaria se não estivesse asegurado*, não deixa de actuar voluntariamente. Nesta ideia de alocação de riscos ecoam, pois, de algum modo as considerações tradicionais em torno da natureza aleatória do risco seguro, que vimos acima presentes no pensamento de CUNHA GONÇALVES. Não se trata, porém, nesta norma de prestar tributo a visões essencialistas, mas antes, afigura-se-nos, de fazer interferir ulteriores critérios na alocação do risco subjacente ao contrato, como que cristalizando num juízo pluridimensional fixo vectores que relevariam em sede de equidade.

Não parece, em suma, que se possa falar aqui de um *ónus* de estrutura similar

aos que temos sob escrutínio⁸¹⁰. Não há, em geral, um comando de conduta face ao qual se afira da negligência ou do dolo e que condicione a aplicação de uma consequência desfavorável. Assim, se, também aqui, não se poderá dispensar o *conhecimento da circunstância* por parte do actuante para poder formar o próprio juízo de voluntariedade da actuação, não releva já o que aquele tenha representado quanto ao seu carácter agravante.

f. Agravamento do risco nos seguros de acidentes pessoais e de saúde

Inscrevendo-se no Título I do RJCS, que estabelece o regime comum aos seguros de pessoas e de danos, as normas que vimos de analisar teriam vocação de aplicação universal. Porém, no tocante aos seguros de pessoas, a sua aplicação é, nos termos do art. 190.º, expressamente recusada face aos *seguros de vida, de um modo geral*, e, no tocante ao *agravamento do estado de saúde da pessoa segura*, face às *coberturas de acidente, invalidez por acidente ou doença que sejam complementares dos seguros de vida*⁸¹¹. Também se recusa a sua aplicação aos *seguros de saúde*, no tocante às *alterações do estado de saúde da pessoa segura*, nos termos do art. 215.º, a). Porém, tanto num caso, como no noutro, a norma que recusa a aplicação do regime tem *natureza supletiva* (13.º, n.º 1, a contrario). Acresce que, por falta de norma análoga, *o regime vale em sede de seguro de acidentes pessoais*.

Donde resulta, para o que aqui sobretudo importa, a incidência directa quer do dever, quer do limite às consequências do seu incumprimento, em sede de seguro de acidentes pessoais, bem como, nos agravamentos do risco que não decorram de alterações do estado de saúde da pessoa segura, em sede de seguro de saúde e de coberturas complementares do seguro de vida. No tocante aos *agravamentos do estado de saúde da pessoa segura, em sede de seguro de saúde e de coberturas complementares do seguro de vida, se bem que os deveres em causa não decorram da lei, podem ser criados por via contratual* – e, ao menos aparentemente, sem que

⁸¹⁰ Considera que vale efectivamente um ónus de não agravamento e que a distância face ao ordenamento alemão a final se esbate perante o regime do art. 94.º, n.º 2, MARGARIDA LIMA REGO, "O risco...", cit., p. 286.

⁸¹¹ Obvia-se deste modo aos problemas resultantes do facto de se tratar de contrato misto e de estar em causa um efeito jurídico que, provindo apenas dos factores inerentes a um dos riscos, afectaria, à partida – conquanto se devessem então ensaiar soluções de divisibilidade dos efeitos – o contrato na sua unidade.

valha para este regime a limitação às consequências do incumprimento de deveres estabelecida em sede geral.

O direito português não se afasta muito, aqui, do direito comparado, onde os regimes em causa se inserem também na parte geral da regulação do contrato de seguro, sendo a sua aplicação depois limitada ou excepcionada a propósito de alguns dos seguros de pessoas. É frequente a previsão do dever de comunicar um agravamento – ou mesmo a incidência do regime do agravamento do risco – valer para os seguros de acidentes, mas não já para os de saúde⁸¹².

⁸¹² É o caso no Direito alemão, onde o *regime geral* vale no seguro de acidentes, com as *adaptações* do § 181, que é semi-imperativo nos termos do § 191. a aplicação do regime do agravamento do risco é *arredada em relação ao seguro de saúde*, nos termos do §194, I, que tem por sua vez carácter semi-imperativo, nos termos do §208. No direito belga, o regime, também dotado de vocação geral, *excepciona expressamente* a sua aplicação aos seguros de crédito e, para o que aqui releva, aos seguros de vida e *de saúde* (art. 61. da LA, §1.º, retomando neste ponto o 26., §1.º, da LCA). Depreende-se, pois, *a silentio*, que o regime vale para o seguro de acidentes pessoais. Não é claro se o carácter imperativo do regime veda a pactuação de um regime análogo em relação aos seguros a que não se aplica. Relativamente ao Direito francês, cumpre separar entre o regime do dever de comunicação e o regime que afronta o facto objectivo do agravamento do risco. Ambos se aplicariam, dada a respectiva inserção sistemática (no Título I do Livro I, relativo às regras comuns aos seguros de pessoas e de danos), por via de princípio aos seguros de pessoas. Porém, o regime do dever de comunicação rejeita expressamente a sua aplicação ao seguro de vida (L113-2, última alínea); por sua vez, o regime objectivo de tutela do sinalagma determina não se aplicar ao seguro de vida ou ao seguro de saúde, neste último caso, no tocante às alterações do estado de saúde (L113-4, última alínea). No Direito italiano, o regime geral supletivo vale também para o seguro de vida, por se inserir na Secção I, do *Capo* relativo ao contrato de seguro, disposições gerais. O seguro de vida dispõe, porém, da regulação especial do art. 1926, que *regula as situações de mudança de profissão ou actividade do segurado*; trata-se de regime com carácter semi-imperativo, nos termos do art. 1932. Também nesta sede se fazem sentir as querelas em torno da qualificação dos seguros que fogem à dicotomia seguros de danos vs. seguros de vida. Assim, face ao seguro de acidentes pessoais, para a tese que o vê como um seguro de danos, vale aqui o regime geral previsto no art. 1898., de que demos nota acima (assim, ANTIGONO DONATI, *Tratatto... III*, cit., pp. 544-545). A solução não difere para quem siga a tese do contrato misto, na linha de Fanelli, como a jurisprudência tende agora a fazer. Com efeito, GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata... cit.*, p. 120, de acordo com a metodologia proposta na p. 118, entendia, na concorrência entre este regime e o específico do seguro de vida que se colocava para as hipóteses de cobertura de acidentes mortais, valer ainda o regime geral, também imperativo mas mais rigoroso. É de notar que, em dois ordenamentos que tradicionalmente davam alcance geral ao regime do agravamento e hoje se encontram em vias de reforma, se prevê a limitação futura do regime relativamente à matéria do estado de saúde da pessoa segura. Assim, no Direito espanhol, o regime semi-imperativo do agravamento do risco não só tem vocação geral de aplicação, por se inserir no título I da LCS, como se aplica efectivamente aos seguros de pessoas, já que estes não excepcionam ou modelam a sua aplicação. Estes quadros surgem alterados no *Anteproyecto*, face ao art. 581-10. Se o artigo mantém a vocação geral de aplicação, prevê-se contudo no respectivo n.º 2 que nos seguros de pessoas o tomador ou o segurado não têm obrigação de comunicar a alteração de circunstâncias atinentes ao *estado de saúde do segurado*, as quais nunca se considerarão agravações do risco. Algo de semelhante se passa no Direito brasileiro, em que a vocação geral e não modelada dos arts. 768. e 769. é abandonada no PL 3555/04. Com efeito, no art. 18., § 4, do Projecto especifica-se que não se aplicarão as regras de agravação e de redução aos seguros sobre a vida ou integridade física (este artigo suscita-nos, porém, dúvidas quanto ao seu alcance, considerada a respectiva colocação sistemática, a meio do rol de parágrafos do art. 18). No que toca aos PDECS, embora da letra do regime geral de agravamento do risco não decorra a exclusão da sua aplicação aos seguros de pessoas, tal exclusão decorre dos comentários aos Princípios, segundo os quais regras mais apropriadas aos seguros de pessoas serão emitidas em devido tempo – PROJECT GROUP

Diferentemente, à face do CCom, a aplicação do regime do agravamento do risco aos seguros de pessoas parecia ser geralmente aceite – desde logo, porque este se encontra previsto na sede regulatória destes seguros, atinente ao seguro de vidas⁸¹³. Nesta sede, face à figura do seguro sobre a vida de terceiro, fazem-se sentir também os reflexos do enquadramento técnico jurídico da comunicação dos agravamentos, bem como da noção de sinistro. Assim, entende-se que, no seguro sobre a vida de terceiro, os agravamentos do risco decorrentes da esfera do terceiro segurado não desencadeavam as consequências próprias do agravamento do risco. Invoca-se para tal o facto de o terceiro não ter assumido qualquer obrigação de não agravamento de risco perante o contrato e o facto de a actuação do sujeito terceiro dever, face ao contrato, ser considerada como causa de força maior. Esse entendimento estaria aliás espelhado no art. 458.º, § único⁸¹⁴.

Relativamente aos seguros de acidentes e de saúde, o regime actualmente vigente merece-nos dois reparos. Um primeiro, para salientar que ressalta aqui a preocupação em vedar que se retire consequências de certos agravamentos previsíveis, que assim integram supletivamente a cobertura. É, como vemos, o que acontece face às alterações do estado de saúde da pessoa segura⁸¹⁵. Manifesta-se, pois, na alocação supletiva dos riscos contratuais, a tutela da densidade da cobertura em atenção ao sentido e fim do contrato.

Um outro reparo prende-se com o facto de, nos seguros em causa, a comunicação dos agravamentos poder implicar a transmissão de informação relativa à saúde da pessoa segura – assim ocorrerá face aos seguros de acidentes, quando, uma alteração do estado de saúde da pessoa segura puder tornar mais gravosas as consequências do sinistro (vg., ao sujeito é amputado um membro, decorrendo daí que um dano corporal ulterior terá por resultado uma incapacidade mais grave), ou, face ao seguro de saúde, se o contrato derrogar o disposto no art. 215.º.

RESTATEMENT OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW, *Principles of european...* cit., p. 182, Comentário C3.

⁸¹³ Expressamente considerando o dever de comunicação das alterações do risco aplicável em sede de seguros de doença, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 602.

⁸¹⁴ LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 630; muito similarmente, ADRIANO ANTHERO, *Comentário...* cit., pp. 205 e 215, fazendo porém menção a que tal só seria assim quando o estipulante não tivesse consentido nesse agravamento do risco por terceiro.

⁸¹⁵ FRANCISCO LUÍS ALVES, "O regime...", cit., p. 21, salientando que, ainda que se trate de um agravamento do estado de saúde causado dolosamente, não há dever de o comunicar.

Ora, ao passo que se estabelece um dever de comunicação destas circunstâncias atinentes à saúde da pessoa segura e com impacto sobre o risco, cujo não cumprimento compromete a cobertura adquirida, não se delimita as circunstâncias que deverão ser objecto de comunicação. O resultado prático deste regime é que *o obrigado diligente acabará por comunicar toda e qualquer circunstância que influencie o risco seguro, para obviar àquelas consequências*⁸¹⁶. Tal leva a uma *revelação de informação não necessária à efectiva garantia da equivalência entre as prestações*, gerando uma *intromissão no direito à reserva da intimidade da vida privada não subordinada a qualquer parâmetro de proporcionalidade, não tolerada pela ordem jurídica quando estão em causa, como é o caso, dados sensíveis*. A agressão ao direito à "autodeterminação informacional" está à vista⁸¹⁷. É um problema similar ao que identificámos noutra escrito a propósito do dever espontâneo de declaração inicial do risco⁸¹⁸. Face ao regime do agravamento do risco, o perigo de transmissão de informação em excesso é mesmo mais significativo, já que o período de tempo a que tal dever se reporta é consideravelmente maior, reportando-se a todo ele a alimentação desse caudal de informação na direcção do segurador.

Como tal, deverão as normas do regime da comunicação do agravamento ser objecto de interpretação correctiva à luz da Constituição (arts. 26.º, n.ºs 1 e 2, 35.º, n.ºs 3 e 7) e de outros instrumentos de Direito internacional público (12.º da DUDH e 17.º do PIDCP; art. 8.º da CEDH e art. 7.º da CDFUE; 10.º da CDBio; Convenção para a Protecção das Pessoas Relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal, aprovada a 28 de Janeiro de 1981, do Conselho da Europa), que sujeitam a comunicação de dados sensíveis a exigências de proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2, da CRP; art. 52.º, n.º 1, da CDFUE; art. 8.º, n.º 2, da CEDH e 21.º,

⁸¹⁶ Face à doutrina portuguesa que se pronunciou quanto ao regime previsto para o agravamento nos quadros do CCom, é já visível este risco de *transmissão de informação em excesso*. Assim, ARNALDO PINHEIRO TORRES, *Ensaio...* cit., pp. 111-112, como referimos acima, aconselha à declaração de toda e qualquer alteração do risco; e JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 88, aconselha, com paralelo quanto ao que dizemos em texto relativamente à questão dos dados sensíveis, um sistema em que o dever de comunicação se refira apenas a circunstâncias indicadas na apólice, já que o segurado *teria dificuldade em identificar as circunstâncias relevantes*, ou poderia não relevar uma circunstância que o fosse.

⁸¹⁷ Sobre este, PAULO MOTA PINTO, "O direito...", cit., pp. 184-185.

⁸¹⁸ Cfr., mais recentemente, com indicações para os ordenamentos português e brasileiro, MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, "Da assimetria informativa ao excesso de informação: a protecção da reserva da vida privada da pessoa segura, no tocante à informação relativa à sua saúde", 2014, disponível em <https://apps.uc.pt/mypage/faculty/mivom/pt/publicacoes> (consultado pela última vez a 22.08.2015), especialmente pp. 5 e ss.

n.º 1, da CDBio), no sentido de apenas se ter por situações de agravamento sujeitas ao dever de comunicação aquelas que se encontrem minimamente circunscritas na apólice⁸¹⁹. Ao mesmo resultado se aporta quando se reinstaure por contrato o dever de declarar agravamentos do estado de saúde da pessoa segura – por incidência aí das regras gerais semi-imperativas, devidamente reinterpretações e, ainda que esta via metodológica não estivesse disponível, por incidência do princípio da proporcionalidade filtrado quer pelo parâmetro dos bons costumes – obviando à limitação desproporcional de direitos de personalidade que assim se instauraria –, quer pelo parâmetro da boa fé – vedando esta limitação de direitos desnecessária ao escopo com ela pretendido.

C. Participação do sinistro e prestação de informação complementar

a. Regime vigente e antecedentes

Este regime é regido entre nós pelo art. 100.º, n.ºs 1 e 2. A verificação do sinistro deve ser comunicada ao segurador pelo tomador do seguro, pelo segurado ou pelo beneficiário, no prazo fixado no contrato ou, na falta deste, nos oito dias imediatos àquele em que tenha conhecimento (art. 100.º, n.º 1). Na participação devem ser explicitadas as circunstâncias da verificação do sinistro, as eventuais causas da sua ocorrência e respectivas consequências (art. 100.º, n.º 2). No tocante a informações adicionais, assistimos a uma inversão da iniciativa do seu fornecimento: o tomador do seguro, o segurado ou o beneficiário deve igualmente prestar ao segurador todas as informações relevantes que este solicite relativamente ao sinistro e às suas consequências (n.º 3). Trata-se de um regime que cria directamente posições jurídicas na esfera dos afectados e que o faz com cariz semi-imperativo (art. 13.º, n.º 1): como tal, nada se prevendo no contrato, encontra-se o tomador de seguro, segurado ou beneficiário obrigado aos deveres de informação plasmados no art. 100.º; nesta matéria o contrato pode, porém, prever um regime mais brando para os obrigados – vg., estipulando um prazo mais alargado para a comunicação.

Nos termos do art. 101.º, n.º 1, o contrato pode acolher a redução da prestação

⁸¹⁹ Não sendo compaginável com os fins que através do regime do agravamento se pretendem atingir que se exija um elenco taxativo de circunstâncias exaustivamente descritas, sendo necessário operar com alguma abertura, é também certo que o recurso a indicações sem qualquer densidade descritiva não satisfaz as exigências da proporcionalidade.

do segurador atendendo ao dano que o incumprimento dos deveres fixados no artigo anterior lhe cause. Nos termos do n.º 2, o contrato pode igualmente prever a perda da cobertura se a falta de cumprimento ou o cumprimento incorrecto dos deveres enunciados no artigo anterior for doloso e tiver determinado dano significativo para o segurador. Porém, nos termos do art. 101.º, n.º 3, o disposto nos números anteriores não é aplicável quando o segurador tenha tido conhecimento do sinistro por outro meio durante o prazo previsto no n.º 1 do artigo anterior, ou o obrigado prove que não poderia razoavelmente ter procedido à comunicação devida em momento anterior àquele em que o fez. O regime do incumprimento tem carácter dispositivo, quanto à possibilidade de prever consequências para a violação dos deveres, e semi-imperativo quanto ao concreto regime do incumprimento⁸²⁰. O preceito actualmente vigente vem, assim, acompanhado de indicações sobre a força jurídica dos seus vários segmentos, procurando-se, assim, superar as controvérsias que rodearam o regime do CCom neste plano. Entre a doutrina e a jurisprudência, encontrava-se quem considerasse o preceito supletivo, podendo ser pactuado quer prazo diverso, mais curto ou mais alargado, quer consequência jurídica diversa – *maxime*, a perda do direito à prestação –, e quem o considerasse imperativo⁸²¹. Entre

⁸²⁰ Não parece adequado referir, com ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, "Art. 101.º", cit., p. 387, uma permissão de convenção das partes, porque o pressuposto é o da autonomia privada.

⁸²¹ Pela supletividade, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 571; e JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., pp. 113-114 (e jurisprudência aí citada), recusando argumentos literais para determinar a natureza imperativa ou supletiva da norma e considerando que, no plano dos interesses, como decorria até do Direito comparado, não havia porque considerar a norma inderrogável – *sempre parecendo conceder, contudo, que a consequência da perda da prestação se afigurava excessiva face a uma falta de comunicação não dolosa*. O autor alinha, na p. 113, ADRIANO ANTERO, *Comentário...* cit., p. 182, entre os defensores da imperatividade; não decorre, porém, da leitura da citada anotação uma tomada de posição quanto à natureza do art. 440.º. Posteriormente, também JOSÉ VASQUES, *Contrato...* cit., pp. 303-305, invocando, para além da prevalência, nesta sede, do princípio da autonomia privada e da não procedência de argumentos de ordem pública, a fixação pelo legislador de prazos diversos em diferentes normas sectoriais e a outorga expressa às partes contratuais, pelo regime especial do seguro de caução constante do Decreto-Lei 183/88, de 24 de Maio, de liberdade na determinação do prazo de participação do sinistro. Segundo o autor, os limites à estipulação viriam de disposições mais gerais, como a proibição da fixação de cláusulas penais desproporcionadas, constante do regime das cláusulas contratuais gerais. Pela imperatividade, esgrimindo em primeira linha o argumento da letra da norma – que não reflectia a sua supletividade – e, como argumento aparentemente não decisivo, o da desproporção de uma consequência liberatória face à omissão da comunicação, REVISTA DOS TRIBUNAIS, "Responsabilidade...", cit., n.ºs 101-104 (pp. 104-108); à frente – n.º 106, p. 155 – aduz-se refere-se ainda que as normas imperativas do Código (identificadas através do dito critério literal) tendiam a favorecer o segurado, e as normas supletivas, o segurador; tal argumento, porém, além de ser um mero *posterius* face à determinação da força jurídica feita por apelo ao elemento literal, é destituída de sentido quando não se tem um termo de comparação fixo – como se pode dizer, por exemplo, sem mais, que a fixação de um dever de comunicação do sinistro num prazo de oito dias, sob pena de responder por perdas e danos, é favorável (ou deixa de o ser) ao segurado, sem um termo de comparação?

as defesas da imperatividade, vale a pena assinalar a corrente jurisprudencial, com réplicas até praticamente ao presente, que assinala a natureza imperativa da parte cominatória da norma, visando sobretudo vedar, em atenção à "finalidade e função social do seguro" a associação da consequência de perda do direito ao incumprimento do dever⁸²².

Com efeito, com esta norma geral, supera-se a herança do CCom, que apenas regulava o dever de comunicação do sinistro e apenas o fazia em relação ao seguro contra riscos⁸²³. Nos termos do art. 440.º, o segurado era obrigado a *participar ao segurador o sinistro dentro dos oito dias imediatos* àquele em que tivesse ocorrido ou em que aquele do sinistro tivesse conhecimento; a consequência jurídica do não cumprimento era o dever de indemnizar por perdas e danos. No silêncio do CCom, o enquadramento da prestação de informações relativas ao sinistro e às suas consequências era feito por apelo a regras mais gerais. Considerava-se, em primeiro lugar, que o segurado se encontrava, face ao sinistro, tal como qualquer credor face ao exercício de um direito, *devendo provar que se reuniam os pressupostos deste*. Valia aqui, tal como em sede geral, o princípio da boa fé, impondo um dever de prestar informações verdadeiras aquando da reclamação da prestação⁸²⁴.

Porém, a aplicação do princípio surge temperada pela consideração dos interesses contrapostos, e não funcionalizada à protecção do segurador enquanto parte menos informada. No tocante à prestação de informações falsas ao segurador,

⁸²² Ac. do STJ de 25 de Julho de 1973, Processo n.º 64323, considerando, na p. 205, quanto ao art. 440.º do CCom, que "a sanção nele estabelecida não pode ser substituída por outra muito mais gravosa [...] porque, dada a finalidade e função social do seguro, as disposições especiais de lei que impõem obrigações ao segurado e estabelecem penas para o seu incumprimento, não podem ser modificadas no sentido de maior agravação, razão porque tais normas têm de ser consideradas de natureza imperativa"; cfr. o ac. do TRL de 26 de Fevereiro de 2013, Processo n.º 411/10.3TBTVD.L1-7, citando o aresto de 1973.

⁸²³ Já o Código Ferreira Borges previa, relativamente ao seguro marítimo, deveres de prestação de informações relativas ao sinistro, sob pena de dever responder por perdas e danos. Estes eram previstos tanto relativamente a todas as notícias relativas a um desastre que atingisse os bens seguros, devendo então o segurado proceder à comunicação sem demora (1778.), como face às circunstâncias que permitiam o abandono do navio, sendo então o prazo de cumprimento de cinco dias (1779.). Estes deveres eram acompanhados por deveres de prestação de documentos – cartas e avisos que substanciassem tais notícias. Já ao tempo do Código se criticava a fixação de um prazo rígido, já que a rapidez da comunicação não dependia de facto imputável ao segurador, mas do contexto sócio-económico do país em que se encontrassem os bens (DIOGO PEREIRA FORJAZ DE SAMPAIO PIMENTEL, *Anotações V*, cit., p. 123). Refira-se, por último, que já o regulamento da Casa dos Seguros de 1758 previa, no art 9.º, que o segurado tinha o dever de notificar o segurador das perdas padecidas, dentro dos prazos referidos no mesmo artigo (sendo o mínimo de seis meses), sob pena de perda do direito de as reclamar.

⁸²⁴ LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 572.

entende CUNHA GONÇALVES, se bem acompanhamos o seu pensamento, que há que distinguir entre dois tipos de casos⁸²⁵. Por um lado, aqueles em que *o segurado se limitava a exagerar o montante dos danos* – ou seja, a prestar informação falsa quanto ao valor destes, sem mais. Entende o autor que, ainda que tal exagero fosse feito conscientemente e de má fé, seria falha de equidade, constituindo um locupletamento indevido à custa do segurado, a aplicação aqui de uma sanção punitiva como a da perda da indemnização. A justificação para tal parece assentar sobretudo na inocuidade de tal actuação do segurado, independentemente de esta assentar em boa ou má fé, já que o segurador teria sempre o direito de avaliar os prejuízos e exigir a esse propósito todas as provas que entendesse necessárias. Por outro, *aqueles em que o segurado prestava informações falsas relativamente aos próprios bens atingidos pelo sinistro, ou falsificava provas*. Aqui, justificava-se já a consequência punitiva e eventualmente também a punição a título de burla, consumada ou tentada.

b. Sentido e função da participação do sinistro e prestação de informação complementar

Trata-se de deveres ao serviço de finalidades de sentido diverso: por um lado, visam *colocar ao dispor do segurado a prestação a que tem direito*; por outro, visam *salvaguardar o interesse do segurador, permitindo-lhe aferir da constituição e extensão do seu dever, salvaguardar provas a tal concernentes e, quando tal se encontre previsto, determinar a adopção de medidas de salvamento*⁸²⁶. Trata-se, nesta segunda vertente, de tutelar o segurador enquanto devedor de uma prestação co-determinada pela informação transferida pelo credor, e que *poderá constituir-se sem que o devesse fazer ou assumir um conteúdo maior do que o que deveria ser o*

⁸²⁵ LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 572.

⁸²⁶ Salientando já esta dupla vertente nos quadros do Código Ferreira Borges, DIOGO PEREIRA FORJAZ DE SAMPAIO PIMENTEL, *Anotações V*, cit., p. 123; cfr. ainda GIESELA RÜHL, *Obliegenheiten...* cit., p. 285, CHRISTOPH BRÖMMELMEYER, "VVG § 30 Anzeige des Versicherungsfalles", in *Bruck/Möller, I*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/KATHARINA JOHANNSEN/RALF JOHANNSEN (coord.), De Gruyter Recht, Berlim, 2008, pp. 901-917, pp. 902-903 e Leduc in HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 374-375. Quanto à segunda das vertentes, ALEMANHA, "Begründungen zu den Gesetzentwürfen", cit., p. 81; JOSÉ VASQUES, *Contrato...* cit., p. 303, e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito...* cit., p. 101.

*seu*⁸²⁷. Bem se compreende, pois, a centralidade deste dever no controlo da fraude de seguros⁸²⁸. Estas finalidades actuam-se perante o pano de fundo da ocorrência do sinistro.

Novamente salientamos que o sinistro não é um facto natural mas um facto juridicamente relevante, atinente à *valoração jurídica do processo de ocorrência de um evento produtivo de consequências jurídicas desfavoráveis na esfera do segurado* e que *acciona o dever de prestar do segurador*. Como vimos vendo, o conceito é mobilizado pela lei e pelo contrato para dele retirar dele diferentes consequências práctico-normativas. Em consonância com as finalidades servidas pelos deveres de participação do sinistro e prestação de informações complementares, há que arrancar, para disquisição do que seja o sinistro concretamente relevante, do que o contrato releve como os requisitos de accionamento e factores aptos a influenciar o conteúdo do dever de prestar do segurador. Desde logo, aquela primeira finalidade identificada – que liga estas exigências de conduta à colocação da prestação seguradora ao dispor do segurado – permite-nos assinalar uma certa especificidade deste dever face aos demais, já que

⁸²⁷ A importância deste regime na economia contratual é testemunhada, por exemplo, pelo facto de, na Alemanha, não se pretendendo regular extensivamente uma *Obliegenheit* que se entende pertencer à conformação contratual, sempre se ter mantido na lei o recorte dos seus pressupostos de facto, com escopo de fornecer assim um modelo para os clausulados negociais – MANFRED WANDT, "VVG § 30 Anzeige des Versicherungsfalles", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 10.09.2012), nm. 7-9.

⁸²⁸ Na Inglaterra, onde a matéria da declaração do sinistro e prestação de informações complementares é deixada à livre disposição das partes, autonomiza-se a este propósito um "duty not to make fraudulent claims" (autonomização que porventura se deverá à geral irrelevância da culpa na derivação de consequências do incumprimento de deveres resultantes do contrato, construídos geralmente como *condition precedent* do direito correspondente – GIESELA RÜHL, *Obliegenheiten...* cit., p. 348). As consequências da sua violação eram tradicionalmente pouco claras, dada a equívoca justaposição de "remedies" fundados na *common law* e da previsão específica do *Marine Insurance Act* para a violação do dever de respeitar a boa fé contratual. Um dos remédios disponíveis dirige-se ao direito à prestação no âmbito de cuja emergência se coloca o acto fraudulento, determinando a sua perda total, mesmo quando a fraude não o tenha influenciado por inteiro. Trata-se de um remédio de *common law* (cfr. por exemplo *Britton v Royal Insurance Co*, de 1866) tido como adequado à eficácia dissuasora da fraude pretendida (LAW COMMISSION/SCOTTISH LAW COMMISSION, *Insurance contract law 2014*, cit., pp. 210 e ss.), e que por isso teve ingresso no *Insurance Act* (Secção 12, 1, a) e b). A contraditoriedade coloca-se já face aos remédios que põem em causa a própria subsistência do contrato, disponibilizando o *Marine Insurance Act* a possibilidade de fazer cessar o contrato com eficácia *ex tunc* – e afectação, portanto, dos episódios de sinistro que tenham no passado decorrido com correcção – e contrapondo-lhe a *common law* apenas a possibilidade de fazer cessar o contrato *ex nunc*, libertando o segurador de ulteriores deveres de prestar nos termos do contrato, mas impondo-lhe a suportação do risco inerente a sinistros que ocorram depois do acto de fraude – que pode tardar a ser descoberto – mas antes de a cessação contratual produzir efeitos ((LAW COMMISSION/SCOTTISH LAW COMMISSION, *Insurance contract law 2014*, cit., pp. 211 e ss.). Com o *Insurance Contract Act*, determinou-se que, em caso de fraude, o segurador pode fazer cessar o contrato com efeitos a partir do acto fraudulento (Secção 12, 1, c), 2 e 3).

este retrata actos que são *pressupostos* do processo de constituição e produção de efeitos do dever do segurador.

Pudemos já várias vezes assinalar que o seguro não configura um negócio sob condição ou termo. Tal não obsta a que o dever de efectuar a prestação principal a cargo do segurador seja um dever condicionado – ou, nos seguros em caso de morte, sujeito a termo –, apenas dando lugar a uma efectiva obrigação de prestar *em caso de ocorrência do evento incerto previsto no contrato*. O sinalagma contratual intercede aqui, pois, entre um dever sujeito à condição de ocorrência do sinistro e um dever ou ónus de proceder ao pagamento do prémio. Tal é a estruturação jurídica da cobertura dotada de valor económico pela qual o segurado paga: tem desde logo valor económico a segurança de poder contar com uma prestação em caso de evento produtor de consequências desfavoráveis.

A posição jurídica do segurador é, pois, na pendência da condição que acciona o seu dever de prestar, correspondente a um estado de vinculação. Por sua vez, a posição jurídica do segurado corresponde à titularidade de um direito a uma prestação sujeito a condição. O direito à prestação *ainda não se constituiu, estando para tal dependente da verificação do sinistro*. Como tal, a posição jurídica do respectivo credor *pode ser descrita como uma expectativa jurídica, conquanto, face às mais usualmente invocadas instanciações da categoria, se trate de um estágio relativamente avançado do processo complexo de formação de um direito*⁸²⁹. Com

⁸²⁹ O alcance do conceito não é pacífico, não faltando quem na doutrina lhe negue autonomia – para a discussão, cfr. ANA ISABEL AFONSO, *A condição...* cit., pp. 242-243. Na doutrina nacional, encontramos tanto concepções favoráveis à autonomização de um conceito lato de expectativa jurídica – definida como "situação activa, juridicamente tutelada, correspondente a um estágio dum processo complexo de formação sucessiva de um direito" (CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., p. 188) – como concepções que relativiza o conceito. É o caso de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil, III, Relações e situações jurídicas* Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 86-87, que tende a identificar, nas mesmas situações, verdadeiros direitos subjectivos – assim, não se apartando propriamente da configuração citada de expectativa jurídica, acaba por reconduzi-la, por razões de economia de construção jurídica, ao direito subjectivo, como "afecção individual, concreta e destinada a criar um espaço de autonomia"; e é o caso de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, *Parte geral, Tomo I...*, 2005, cit., pp. 348-349, que procura delimitar o conceito, considerando que se deve antes falar de direito subjectivo quando o ordenamento tutele directamente uma expectativa concreta (vg., nas hipóteses de *venire contra factum proprium*) e de expectativa em sentido próprio quando o Direito conceda à expectativa uma tutela meramente processual, tendo em vista o direito definitivo que irá surgir. Em texto, adoptamos o termo para procurar captar com mais nitidez a posição do credor de um direito a prestação que ainda se não constituiu e que apenas se constituirá com a ocorrência de um evento incerto. As considerações que tecemos acompanham em grande medida as tecidas já por ANA ISABEL AFONSO, *A condição...* cit., pp. 241 e ss., acerca da pertinência da importação do conceito de expectativa jurídica para enquadrar a posição do credor condicionado. Embora a autora considere que o conceito se mostra mais profícuo quando está em causa separar entre situações em que o titular do direito em formação goza já de tutela jurídica face àquelas em que

efeito, aqui, a posição do segurador-devedor é similar à do titular de uma sujeição contraposta a um direito potestativo: *ocorrido o sinistro tal como contratualmente definido, constitui-se inelutavelmente na sua esfera o dever de prestar.*

Por outro lado, lembremos que, na dinâmica do RJCS, quando regime diverso e mais favorável não se encontra previsto no contrato, o dever de prestar do segurador apenas se vence *volvidos trinta dias da confirmação da ocorrência do sinistro e das suas causas, circunstâncias e consequências, podendo tal implicar a quantificação prévia de tais consequências* (art. 102.º, n.ºs 1 e 2, e 104.º). Pudemos já criticar a leniência com que o regime legal trata aqui o segurador, não impondo balizas ao temporais ao vencimento da obrigação – pelo contrário, concedendo-lhe ainda um prazo de trinta dias após o final das averiguações até que a obrigação se possa ter por exigível –, ou sequer acautelando a situação do segurado através da antecipação das parcelas da prestação que se forem tornando líquidas⁸³⁰. Claro está que se perfila sistematicamente disponível o recurso ao art. 805.º, n.º 3, considerando-se a falta de liquidez imputável ao devedor⁸³¹; e que é sempre possível a invocação do princípio da boa fé face à falta de cooperação do segurador⁸³². Estes mostram-se, porém, expedientes não só menos transparentes para o segurado, mas também assente numa situação de litigância, com os custos inerentes.

Torna-se aqui visível o processo de constituição e produção de efeitos pelo direito em causa: a primeira decorre até à verificação dos factos que determinam, nos termos do contrato, o surgimento do dever de prestar do segurador e a segunda decorre entre esse momento e o do vencimento da obrigação de prestar do segurador. Tanto a constituição do direito do segurador, como a confirmação da sua ocorrência, causas, circunstâncias e consequências implicam actos informativos da parte dos sujeitos ligados ao risco. É nesta sede que se insere o regime ora sob análise.

não há ainda qualquer tutela do ordenamento, apenas cabendo então falar-se de uma expectativa de facto, não recusa a sua mobilização para o enquadramento de uma situação com um nível assinalavelmente superior de densidade – no caso, o do credor condicionado face a um negócio condicionado.

⁸³⁰ Também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito...* cit., pp. 770-771, igualmente alertando para o perigo de dilações abusivas que assim se abre, devendo haver lugar à correcção, por via interpretativa (embora o autor não o concretize, parece apontar para o parâmetro da boa fé, por apelo à ética dos comerciantes diligentes de seguros), de eventuais resultados iníquos.

⁸³¹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito...* cit., pp. 117-118.

⁸³² Cfr., na jurisprudência, o ac. do TRP de 25 de Janeiro de 2011, Processo n.º 3322/07.6TJVNF.P1, que considerou que a seguradora que protelou sem fundamento a recusa definitiva do dever de prestar violou um dever lateral, fundado na boa fé, ficando obrigada à indemnização dos danos causados.

A compreensão da dinâmica deste processo formativo manda, pois, que analisemos mais de perto as várias constelações tidas em vista pelo regime em apreço. Há que atentar *separadamente nas hipóteses de omissão ou cumprimento defeituoso dos actos que são pressupostos para a própria constituição do dever de prestar*.

Trata-se da *transferência da informação necessária, eventualmente incorporada em documentos certificativos, para que o evento releve à face do contrato como um sinistro*. É o que acontece face à própria notificação da ocorrência do sinistro – salvo quando, nos termos do art. 101.º, n.º 3, o segurador tenha tido conhecimento da ocorrência do sinistro no prazo fixado para a respectiva comunicação – bem como, quando o contrato o preveja, face à apresentação de elementos associados à respectiva certificação – assim, nos seguros de pessoas, é recorrente que a apresentação de atestado médico, declaração de Junta Médica ou da Segurança Social, seja condição para aceder à prestação pactuada⁸³³. Estaríamos, pois, aqui, perante a própria *demonstração à contraparte de que ocorrem os factos constitutivos do seu dever*: não havendo deles demonstração, este não se chegaria a constituir.

Tal permitiria, porém, que permanecesse em aberto a posição do segurador durante um período de tempo potencialmente longo, que poderia terminar apenas com o final do prazo de vigência do contrato de seguro – cessando a cobertura, sem que se constituísse o direito à prestação, os respectivos factos constitutivos deixariam de relevar para o contrato entretanto extinto. Ora, tal indefinição geraria uma considerável incerteza, totalmente contrária ao sentido do 100.º que, tal como seus congéneres, fixa prazos curtos para o cumprimento dos deveres em causa. Há que entrar aqui em linha de conta com as finalidades do regime referidas em segundo lugar: as de permitir ao segurador *avaliar as circunstâncias de facto do sinistro para efeitos do estabelecimento dos termos do respectivo dever de prestar e, quando o contrato preveja a sua intervenção nas operações de salvamento, para efeitos desta também*. Tanto aquela avaliação, como esta intervenção, devem poder ser feitas com presteza, já que o tempo tende, por um lado, a dificultar o apuramento daquelas circunstâncias de facto e, por outro, a diminuir as hipóteses de contenção

⁸³³ Cfr., por exemplo, os clausulados citados nos acs. do STJ de 7 de Setembro de 2014 (Processo n.º 841/10.0TVPRT.L1.S1) e 20 de Maio de 2015 (Processo n.º 17/13.5TCGMR.G1.S1).

eficiente do dano.

Assim, ao predispor unitariamente consequências para todas as hipóteses de incumprimento das exigências de conduta referidas, a lei trata, na verdade, de modo igual o que concita iguais problemas. O regime dos arts. 100.º e 101.º aplica-se também nestas hipóteses: a partir do momento em que um dos devedores tem conhecimento do sinistro, deverá, nos prazos do art. 100.º, proceder à notificação da sua ocorrência, nos termos fixados no contrato para efeitos do relevo de tal ocorrência enquanto sinistro – e isto sob pena de aplicação das consequências do art. 101.º, quando se encontrem previstas. As dificuldades surgem, em geral, à face deste regime, quando nenhum dos obrigados tome conhecimento do sinistro – já que então não começam a correr os prazos previstos no art. 100.º. Abordaremos a questão mais abaixo.

Este regime coloca-se ainda *em relação à fase que está entre o momento da constituição do dever e o momento do seu vencimento*⁸³⁴. Com efeito, é neste período que o segurador reúne os elementos relevantes para efeitos do vencimento da sua obrigação, permitindo o apuramento das circunstâncias necessárias a torná-la certa e líquida (art. 102.º, n.º 2). É neste período que se coloca a prestação de outras informações a pedido do segurador, *ad hoc* ou nos termos em que se encontrem previstas no contrato, de modo a apurar as circunstâncias do sinistro – aferindo, vg., da ocorrência de exclusões do risco ou violação de deveres que ponha em causa o dever de prestar – e as suas consequências, aptas a determinar o montante da prestação devida – marcadamente assim em sede de seguros de carácter indemnizatório, mas também quando o seguro dê lugar a prestações pré-determinadas cujo montante varie em função da natureza dos danos em causa, como ocorre em sede de seguro de acidentes⁸³⁵.

Assim descrito, o regime confina com o previsto em termos gerais para a mora do credor. Esta figura encontra-se prevista no art. 813.º do CC, correspondendo às situações em que, sem motivo justificado, o credor não aceita a prestação que lhe é oferecida nos termos legais ou não pratica os actos necessários ao cumprimento da obrigação. A demarcação entre o tipo de actuações exigidas dos

⁸³⁴ Sobre a separação entre as duas fases – a que vai até ao surgimento do direito, enquanto momento em que a prestação é devida, e a que vai desse momento até ao da exigibilidade, que requer o vencimento da obrigação, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 113-115.

⁸³⁵ Cfr., quanto ao processo de liquidação do sinistro, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito... cit.*, pp. 101 e ss.

sujeitos ligados ao risco e a posição do credor que não adopta os actos de aceitação da prestação é relativamente evidente, porque estes últimos apenas se colocam quando o devedor está autorizado a prestar⁸³⁶. Ora, se os actos aqui em causa são pressupostos para que se torne certa e líquida a prestação a cargo do devedor-segurador, nem sequer se pode dizer que em falta esteja um mero acto de aceitação da prestação. Já relativamente à *prática dos actos necessários ao cumprimento da prestação*, regulados em conjunto com a constelação da falta de aceitação da prestação pelo credor, teríamos uma situação de confluência de regimes aplicáveis⁸³⁷.

Com efeito, os actos necessários ao cumprimento da prestação podem ser preparatórios, não implicando que o dever esteja vencido – pense-se no dever de fornecimento de materiais e utensílios que, por força de cláusula contratual, fique a cargo do dono da obra (art. 1210.º, n.º 1)⁸³⁸. Visto relativamente a estas hipóteses, em que a prestação é ainda possível, o regime da mora do credor tem por escopo re-allocar de um modo justo os custos e os riscos implicados pela falta de cooperação do credor, contrabalançando o facto de a lei não exonerar o devedor na sequência dessa falta de cooperação⁸³⁹. Trata-se tanto de uma modificação das regras da responsabilidade do devedor – que lhe passa a ser assacada apenas em termos mais

⁸³⁶ Tão-pouco têm aqui relevo as hipóteses de impossibilidade de cumprimento por facto imputável à esfera de risco do credor, que JOÃO BAPTISTA MACHADO, "Risco...", cit., pp. 315 e ss., entende serem atraídas para a esfera do regime da mora do credor – a impossibilidade temporária de cumprimento resultante de mora ou impedimento temporário ou definitivo do credor e a impossibilidade por frustração ou realização por outra via do fim da prestação. Nas hipóteses que analisamos em texto, a prestação a cargo do segurador não se torna impossível, não se chegando a ultrapassar um prazo para a realização dessa prestação: pela falta de actuação do sujeito ligado ao risco, falta, sim, um acto que seria um trâmite prévio à prestação no programa obrigacional (cfr. pp. 320, a propósito porém de casos em que a prestação se torna, nessa sequência, impossível, e 331-333). Com uma construção diversa, MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 87 e ss.

⁸³⁷ São centrais as hipóteses em que o credor deve colocar à disposição do devedor o substrato da prestação – que se colocam com especial incidência em sede de empreitada –, mas estas não esgotam as hipóteses em que o cumprimento não dispensa actos de colaboração do credor – basta pensar no exemplo das prestações de serviços que requeiram a presença do credor – como uma aula presencial ou um espectáculo. Cfr. MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito...* cit., pp. 184 e ss.; na doutrina alemã, PAUL OERTMANN, "Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug", *AcP*, 1, 1918, pp. 1-50, pp. 31 e ss. De resto, a aceitar-se que mesmo que nessas hipóteses seja necessária a interpelação do credor à prática daqueles actos, aí estaria, de todo o modo, a colocação do dever de requerer a informação por parte do segurador-devedor a assegurar-lá – MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito...* cit., p. 145, em nota.

⁸³⁸ Excessivamente restritiva face aos dados legais se afigura, pois, a abordagem de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Obrigações IV*, cit., pp. 128-129, que restringe a figura às hipóteses de falta de cooperação na efectivação da prestação, considerando que só há mora quando a prestação debitória seja já certa, líquida e exigível.

⁸³⁹ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...* cit., pp. 119-124; muito próximo, PIETRO TRIMARCHI, *Istituzioni...* cit., pp. 317-318.

restritivos, nos termos dos arts. 814.º, n.º 1, e 815.º –, como da atribuição ao credor em mora do risco da prestação, nos termos dos arts. 814.º, n.º 2, e 816.º⁸⁴⁰.

Ora, face às regras especiais destinadas a regular o intervalo entre a constituição e o vencimento do dever de prestar do segurador, não parece haver ganhos na mobilização do regime geral. Desde logo, porque o regime especial segurador se ancora na regulação da cooperação entre segurado e segurador para efeitos de determinação do conteúdo da obrigação de prestar, colocando, quando o contrato não disponha diversamente, a cargo do segurador a iniciativa de exigência de condutas informativas ao sujeito ligado ao risco. E, sobretudo, *é o recorte da esfera de responsabilidade a cargo dos sujeitos ligados ao risco que é aqui fundamental para traçar a delimitação das esferas de risco tipicamente a cargo de cada uma das partes.*

Importa aqui, pois, saber a quem competem as tarefas de determinação das circunstâncias do sinistro, e estabelecer o limiar da sua relevância contratual – o que é feito pelo RJCS, de acordo com as valorações específicas deste quadrante. De resto, as soluções consagradas em sede de mora do credor, conquanto amoldadas sobre a pressuposição de um dever de prestação de *dare*, mostram-se desajustadas ao sentido problemático deste quadrante⁸⁴¹. Assim, o art. 814.º, n.º 1, pressupõe uma coisa enquanto objecto mediato da obrigação; o art. 814.º, n.º 2, não se mostra aqui convocável, porque não correm juros de mora neste intervalo; o art. 815.º, face à *prestação pecuniária* tipicamente a cargo do segurador, apenas cobraria sentido se se quisesse alijar por sobre o credor um risco de diminuição dos meios económicos do segurador, aquém ainda dos trâmites da insolvência – o que tão pouco é de conceber; e o art. 816.º viria conferir um ponto de apoio desadequado para a recuperação dos danos tipicamente sofridos pelo segurador – porquanto as maiores despesas que a falta de cooperação coloca a cargo do segurador não configuram gastos com o oferecimento infrutífero da prestação, ou a guarda ou conservação do

⁸⁴⁰ O regime da mora do credor tem, segundo JOÃO BAPTISTA MACHADO, "Risco...", cit., pp. 318 e ss. 339, como eixo central a questão da exoneração do devedor do "risco de prestação", envolvendo também a regulação de matéria da responsabilidade do devedor, que passa a correr em termos mais limitados. O autor salienta que, sendo este o escopo do regime, este vale para lá das hipóteses em que haja um retardamento da realização da prestação por falta de cooperação não justificada imputável ao credor (pp. 334 e ss.); e que os seus preceitos atinentes à distribuição do risco – e não à matéria da responsabilidade –, a saber, o art. 814.º, n.º 2, e o art. 816.º, valem também quando a falta de cooperação do credor for justificada. Quanto ao que dizemos em texto, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...* cit., pp. 119-124; muito próximo, PIETRO TRIMARCHI, *Istituzioni...* cit., pp. 317-318.

⁸⁴¹ MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito...* cit., pp. 177 e ss.

respectivo objecto, mas sim (eventualmente) gastos de inspecção acrescidos⁸⁴².

Se não há deles comunicação e o segurado tão-pouco toma conhecimento de tais elementos, não se chega a tornar exigível a sua obrigação⁸⁴³.

⁸⁴² Face ao risco de perpetuação do estado de incerteza do devedor quanto à prestação – que, de todo o modo, o regime da mora do credor não vem regular –, poderia o segurador, quando o contrato não estabeleça um prazo para o cumprimento destes deveres, pelo menos, lançar mão do requerimento ao tribunal da fixação de um prazo razoável para que o credor realize a cooperação necessária ao cumprimento, por aplicação analógica do art. 777.º do CC – assim, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...* cit., pp. 128-132. Tal parece, porém, ser um expediente desprovido de interesse, face às possibilidades que se lhe abrem de exoneração com fundamento na conduta dolosa da contraparte – em casos extremos, podendo ser invocado o abuso do direito e, aquém destes, estando-lhe aberta a via do art. 101.º, n.º 2, mediante prova de dolo e de um dano significativo. Quanto à mobilização desta norma, cfr. infra, IV.2.§2Cb. e IV.2.§2Dc.

⁸⁴³ Parece-nos ser este o enquadramento correcto da questão, não havendo que convocar a excepção do não cumprimento para esses efeitos: a questão coloca-se previamente àquela em que poderia actuar a *exceptio*, logo no plano da formação e produção de efeitos pelo direito. Esta afirmação tornar-se-á porventura mais clara se procurarmos compreender como operaria aqui o mecanismo da *exceptio*. Não se tratando aqui, patentemente, da tutela do sinalagma contratual – não há nexos sinalagmático entre a prestação das informações necessárias a completar a constituição e apurar o conteúdo da prestação e o dever de prestar do segurador –, poderia estar aqui em causa a *exceptio non rite adimplenti contractus*, atinente a uma situação de cumprimento defeituoso por violação de obrigações acessórias – o exemplo desta espécie, com curso jurisprudencial entre nós, é o do comprador do automóvel que se recusa a entregar o preço enquanto não receber os documentos que lhe permitem circular dentro da legalidade (JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...* cit., p. 333, em nota, e JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Da excepção de não cumprimento parcial e da sua invocação de acordo com a boa fé", Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10.03.2008, Proc. 544/08", *Cadernos de Direito Privado*, 25, 2009, pp. 51-67, pp. 61-62). Nesta feição, tem menos importância a função de garantia do excipiente face à potencial falta de solvência da contraparte, estando sobretudo em questão a função de manter um certo equilíbrio do contrato e uma certa igualdade entre as posições das partes ou mesmo uma função de coerção da contraparte ao cumprimento (para a função de garantia e a coercitiva, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...* cit., pp. 336-338; JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Da excepção...", cit., pp. 62-65, considerando que a função coercitiva apenas se exerce dentro dos quadros da precedente, e dando por isso decisivo relevo à proporcionalidade nesta sede). Nenhuma destas funções faz aqui sentido: não há necessidade de tutelar o segurador contra uma posição de vantagem do segurado, se o direito do segundo não se torna sequer exigível; nem de impelir a contraparte ao cumprimento, quando é o não cumprimento a pôr logo em causa a constituição ou exigibilidade do dever do excipiens. Também não altera o que dizemos em texto a convocação do interessante enquadramento proposto por MARIA DE LURDES PEREIRA/PEDRO MÚRIAS, "Os direitos de retenção e o sentido da excepção de não cumprimento", s/d, disponível em <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/ExceptioVsDtsdeRetencao.pdf> (consultado pela última vez a 12.02.2014), *passim*. Trata-se aí de separar, para o que aqui importa, entre as hipóteses a que atende a *exceptio* e outras situações lícitas de recusa de prestação, correspondentes a um direito de retenção de feição obrigacional, de que seriam exemplos os arts 787.º, n.º 2 (suspensão do cumprimento enquanto não for dada quitação) e 788.º, n.º 3 (suspensão do cumprimento enquanto não for restituído o título ou feita nele a menção do cumprimento) e que poderiam ser mais latamente fundados no apelo ao princípio da boa fé e à tutela face ao exercício em desequilíbrio de posições jurídicas (pp. 4-7). Os autores reservam à *exceptio* a função de tutela da posição do devedor, assegurando uma interdependência entre deveres interdependentes, ao passo que as situações de direito de retenção obrigacional procurariam dar tutela ao credor, auxiliando na satisfação do seu direito face a um dever recíproco mas não interdependente – diferença de sentido essa retirada de diferentes traços de regime (pp. 7-22), de que salientamos a imposterabilidade da *exceptio* mediante prestação de garantias (nenhuma garantia seria mais efectiva do que a faculdade de recusar a prestação), a invocabilidade da *exceptio* mesmo quando o crédito do excipiens face à contraparte estivesse prescrito (não tutelando tal, como não poderia, a posição de credor face a um crédito prescrito, mas antes vindo assegurar que o devedor não prestasse em termos diversos daqueles em que se tinha obrigado). Assim, atribuem à *exceptio* uma função de tutela do sinalagma funcional, despidendo-a da função compulsória, de tutela da posição de credor, que assinalam ao

c. Pressupostos do surgimento dos deveres

A plasticidade do conceito de sinistro revela-se também no regime dos deveres de participação e comunicação, determinando a feição do sinistro em causa o momento em que é devida a participação. Conquanto a lei parecesse apontar para o surgimento do dever apenas no fim do processo de produção do dano – prevendo, nos termos do art. 100.º, n.º 2, que da participação do sinistro devem constar as circunstâncias da sua ocorrência, eventuais causas e respectivas consequências –, tal não daria cabal satisfação ao sentido da imposição do dever.

Se a produção de dano se esgota num evento pontual, que apenas releva como sinistro uma vez findo – pense-se num furto ou roubo –, o dever de participação do sinistro surge com o final deste processo. Já se o processo de produção do dano se distender no tempo, tendo este uma eficácia conformadora da extensão do dano, o dever surge no início do processo de produção do dano, quando o que ocorre se

direito de retenção obrigacional (pp. 22 e ss.). Perante este cenário, os dados não se alteram: nas hipóteses em texto, nem se tutela a posição do devedor face a atribuições interdependentes – nem o são, *nem sequer, pura e simplesmente, o direito do segurado está já em condições de ser exercido* –, sendo de arrear a recondução à *exceptio*; nem quadra com os dados da questão a recondução ao direito de retenção obrigacional – o segurador não tem interesse na coerção do segurado ao fornecimento dos elementos que levam à constituição e vencimento do dever do primeiro, tendo, antes, interesse em ser pura e simplesmente libertado da obrigação que lhe incumbiria.

A questão colocar-se-á de um modo diverso quando, nos termos do contrato, as informações em causa, legitimamente pretendidas, não condicionem já o vencimento da prestação do segurador – vg., por estarem para lá das informações cuja prestação fixe, nos termos do contrato, o início de um prazo de vencimento do dever do segurador. Pense-se no caso em que este se obriga a prestar decorridos que sejam trinta dias da recepção de certos documentos elencados no contrato, mas vem depois, por suspeita de fraude, requerer ao segurado a prestação de novas informações. Nestas hipóteses, poderá já revelar utilidade autónoma o mecanismo da excepção do não cumprimento, enquanto expediente de defesa do devedor; parece tratar-se exactamente de um destes casos o descrito no ac. do TRP de 26 de Março de 2015, Processo n.º 551/13.7TVPRT.P1, que exactamente concluiu pela procedência da invocação da excepção. Tal parece não proceder já face ao ac. do STJ de 7 de Setembro de 2014, Processo n.º 841/10.0TVPRT.L1.S1, que considerou que o segurador tinha o direito de "recusar o pagamento" enquanto a segurada não "cumprisse a contraprestação" de apresentação de atestado médico onde se declarassem as tais circunstâncias, causas, início e evolução da doença ou lesão que provocaram a morte ao segurado, que o contrato estabelecia como pressuposto do pagamento da prestação seguradora. Confirmando, neste ponto, o ac. recorrido, também o Ac. do STJ de 29 de Maio de 2012, Processo n.º 7615/06.1TBVNG.P1.S1, afirma a existência de um nexo de correspectividade "*entre a obrigação de pagamento do prémio e a de entrega dos documentos acima mencionados em caso de sinistro por um lado e a obrigação da seguradora de proceder ao pagamento do capital seguro*", considerando, porém, nem ser tal argumentação necessária, podendo pura e simplesmente o segurador recusar-se a cumprir por faltar o cumprimento de uma "obrigação prévia" prevista na apólice – com o que a argumentação se aproxima da da consideração da existência de um pressuposto do dever.

prefigura já como um sinistro, independentemente da sua duração e extensão – havendo, em qualquer caso, quando o contrato nada dispuser em sentido diverso, um prazo de oito dias para proceder a tal comunicação. Não só por um argumento, que admitimos relativamente fraco, de protecção da certeza jurídica (poderá não ser isento de dificuldades achar o momento em que se pode dar por findo o processo de produção do dano), mas por um argumento material: o de assim se permitir ao segurador a observação e recolha de provas relativamente às circunstâncias do sinistro, melhor contrariando a assimetria informativa que enquadra o conhecimento dos factos relevantes; e o de assim se lhe permitir ainda a emissão de instruções atinentes à gestão das operações de salvamento, quando o contrato o prever⁸⁴⁴.

É na sequência da tomada de conhecimento do sinistro pelo segurador – geralmente, por via da participação por parte do segurado (ou do tomador, ou do beneficiário) – que surge, nos termos do art. 100.º, n.º 3, a faculdade deste de requerer informações dos mesmos sujeitos obrigados à participação, e o correlato dever destes de facultar correcta e tempestivamente. Também tal se coaduna com o que vimos de dizer, servindo o interesse do segurador na recolha de informações relativas à evolução dos sinistros dilatados no tempo – como forma, inclusivamente, de monitorização da actuação de salvamento levada a cabo pelos sujeitos ligados ao risco.

Nos termos da lei, o devedor dispõe, quando o contrato não estipule prazo diverso, de oito dias contados da tomada de conhecimento do sinistro para proceder à participação. Tal como em relação aos demais deveres ligados ao risco que têm por objecto a prestação de informação, a lei *finca-se na tomada efectiva de conhecimento da factualidade para marcar o surgimento do vínculo*. O mesmo acontece com os deveres de comunicação de agravamentos do risco, bem como com o dever de declaração inicial do risco, que aqui não tratamos *ex professo*. E acontece por contraposição com o que ocorre com os deveres de salvamento, que veremos de seguida, onde a lei não se refere a um conhecimento efectivo.

Tanto nesta sede, como na do agravamento, a exigência do conhecimento efectivo é frequente no Direito comparado, vindo justificada quer através da letra da

⁸⁴⁴ CHRISTOPH BRÖMMELMEYER, "VVG § 30 Anzeige des Versicherungsfalles", cit., pp. 906-907; MANFRED WANDT, § 30, cit., nm. 14; Leduc in HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 477-478.

lei, quer mediante argumentos atinentes ao objecto do dever em causa – tratando-se da transmissão de informação, o surgimento do dever *não seria sequer logicamente possível sem que o devedor estivesse na posse efectiva de tal informação*⁸⁴⁵. Trata-se de uma argumentação que não convence, operando como dissemos a um nível puramente formal, sem contemplar razões de dever-ser: olhando já para este último plano, não se vê obstáculo na imposição de um dever de comunicar o que se não conheceu, mas devia ter conhecido. Poder-se-á, isso, sim – mas isso implica já transpor a argumentação para um nível material – esgrimir com a improcedência da imposição ao segurado de um dever de indagação, enquanto contraface da valoração da cognoscibilidade (do "Kennenmüssen"). É um argumento que não nos parece que colha inteiramente nesta sede. Desde logo, porque caso – como não é de todo estranho às valorações jurídico seguradoras, sendo aliás a bitola mínima geral do relevo da violação de *Obliegenheiten* no ordenamento alemão – para o relevo da cognoscibilidade se exija negligência grosseira, não se pode dizer que tal exprima a imposição de um dever geral de investigação da própria esfera, mas apenas de não deixar de tomar tal conhecimento quando a informação disponível indicie a ocorrência de um sinistro. Depois, porque aqui não estamos no âmbito da mera potencialidade – não se trataria de impor uma monitorização transversal à esfera do segurado e a todas as alterações nesta que podem influir nas variáveis do sinistro, mas de exigir deste que não desconhecêsse com negligência, eventualmente grosseira, um acontecimento que se efectivasse, com consequências danosas, na sua esfera⁸⁴⁶.

Não foi, porém, essa a valoração do legislador nacional – que, colocou, *no tocante às exigências de conduta que só fazem sentido no plano da interacção com o segurador*, a bitola da relevância objectiva logo no plano do *conhecimento*

⁸⁴⁵ É a argumentação do ac. do BGH de 13.12.2006, IV ZR 252/05, especialmente nm. 14 ("Fehlt ihm diese Kenntnis, läuft die Aufklärungspflicht ins Leere. Schon objektiv kann er sie nicht verletzen, denn es gibt nichts, worüber er nach seinem Kenntnisstand seinen Versicherer aufklären könnte."); acompanha-o aparentemente CHRISTOPH BRÖMMELMEYER, "VVG § 30 Anzeige des Versicherungsfalles", cit., nm. 20. Cfr. o art. L113-2, 4.º, do Cod. Ass., ou o art. 16. da LCS. Não assim em face dos PEDCS (art. 6: 101, 1), onde o dever se tem por incumprido se a pessoa em causa conhecesse ou devesse conhecer a existência da cobertura e da ocorrência do sinistro – divergência que poderá ter querido dar acolhimento à orientação do Direito inglês na matéria (GIESELA RÜHL, *Obliegenheiten...* cit., p. 338).

⁸⁴⁶ Esta parece ser a posição da doutrina italiana, quando, ao precisar a aplicação do parâmetro da culpa ao cumprimento, se reporta à falta de diligência na compreensão ou valoração dos factos – assim, ANTIGONO DONATI, *Tratato... III*, cit., p. 546, dando como exemplos o facto de o obrigado à comunicação ignorar não culposamente o acidente, ou cometer erro desculpável na avaliação da gravidade de uma lesão.

efectivo, pelo segurado, das *circunstâncias factuais* que informam o *quid* a comunicar. Por maioria de razão, não poderá então também deixar de se exigir o *conhecimento efectivo do próprio contrato de seguro*, que é pressuposto para o surgimento de um dever que sem ele não tem base de sustentação⁸⁴⁷. De resto, o CC exige em geral conhecimento efectivo quando está em causa determinar o início de um prazo para exercício de um direito⁸⁴⁸. Também aqui será de equiparar ao conhecimento efectivo a subtracção dolosa do conhecimento.

A questão coloca-se quanto à exigência da representação de que tais circunstâncias configuram o que, nos termos do contrato, dá origem ao dever de prestar do segurador. Literalmente, o art. 100.º, n.º 1, *exige o conhecimento do próprio sinistro* – ao contrário dos arts. 24.º, n.º 1, e 93.º, n.º 1, que se reportam ao conhecimento de "circunstâncias", ou do "facto". A representação de que se trata de um facto apto a accionar o dever de prestar do segurador – de um sinistro, portanto – é, porém, relativamente *à representação das circunstâncias de facto que o suportam e da existência da cobertura* – cujo conhecimento tem, como vimos de ver, que ser provado –, *um puro juízo conclusivo*. Parece-nos, por isso, dificilmente defensável a exigência da prova de que este juízo conclusivo efectivamente teve lugar: tudo está *antes em saber se, perante o conhecimento efectivo das circunstâncias que o fundam, o sujeito deveria, usando da diligência normal, de acordo com os seus conhecimentos – desde logo, técnicos – e experiência, concluir pela natureza de sinistro do evento*. Consideramos, como tal, que a representação da natureza de sinistro dos factos em causa deve ser apreciada em sede de culpa. Não só porque o contrário seria impor ao segurador uma prova atinente à formulação de um juízo interno e, por isso, de extrema dificuldade – o que teria aliás como reverso a potenciação da fraude pela contraparte. Ou porque, na verdade, vir aí em auxílio do segurador mediante a prova por presunções judiciais tenderia a corresponder a fazer a inferência de que um sujeito com os conhecimentos e capacidades do devedor deveria, mediante os factos que representou, ter concluído pela natureza de sinistro do facto: tenderia portanto a constituir uma operação coincidente com a da

⁸⁴⁷ CHRISTOPH BRÖMMELMEYER, "VVG § 30 Anzeige des Versicherungsfalles", cit., pp. 907-908.

⁸⁴⁸ RAÚL GUICHARD ALVES, *Da relevância jurídica do conhecimento no Direito civil*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1996, p. 35. Note-se que, no ordenamento inglês, onde o prazo para comunicação começa, nos termos dos clausulados contratuais, geralmente a contar a partir da ocorrência do próprio sinistro, os tribunais acabam por tomar em consideração tal circunstância na densificação do que seja um prazo razoável para proceder à comunicação – GIESELA RÜHL, *Obliegenheiten...* cit., pp. 337-338.

valoração da negligência⁸⁴⁹. Mas também porque solução contrária corresponderia a uma distribuição inequitativa do risco contratual: seria o segurador a arcar com o risco de o segurado, no conhecimento de todas as circunstâncias que lhe permitiram orientar correctamente o seu juízo, não ter, conquanto tal lhe fosse exigível, representado correctamente a natureza do evento.

Como dissemos acima, o facto de o prazo em causa começar a correr apenas com a tomada de conhecimento dos factos que constituem o sinistro pode ser problemático, na medida em que leva a que a tomada de conhecimento dos factos por parte do segurador possa acontecer volvido tempo considerável desde a sua ocorrência. Tal poderá colocar grandes dificuldades probatórias, que recaem desde logo sobre o segurado, mas afectam também o segurador, no tocante à prova de exclusões do risco. Poderá aqui ter relevo a ocorrência de dolo eventual no desconhecimento das circunstâncias. E a boa fé poderá mesmo dar um relevo excepcional à negligência grosseira correspondente à omissão de verificações durante um período anormalmente longo de tempo⁸⁵⁰.

Da notificação do sinistro devem constar as circunstâncias da sua verificação, eventuais causas da sua ocorrência e respectivas consequências – pelo menos, até aí verificadas.

No tocante aos deveres de prestação de ulteriores informações, estes decorrem, nos termos da lei, de pedido efectuado pelo segurador (100.º, n.º 3). A boa fé pode impor, porém, deveres espontâneos de informação, apresentação de documentos e cooperação na sua obtenção. A existência desta "válvula de segurança

⁸⁴⁹ Perante idêntica referência do texto legal à representação do sinistro (§ 30, I), a doutrina alemã, ponderando o seu alcance, face, por um lado, à dificuldade da valoração correcta dos factos por um leigo, e, por outro, à incerteza que se abriria para o segurador se fosse sempre possível ao segurado invocar a ausência de conhecimento, conclui pela solução de meio termo consistente na exigência da prova da *representação efectiva* de que a factualidade conhecida *possivelmente configuraria* um evento apto a accionar o dever do segurador nos termos do contrato de seguro (também efectivamente conhecido) – CHRISTOPH BRÖMMELMEYER, "VVG § 30 Anzeige des Versicherungsfalles", cit., nm. 22; MANFRED WANDT, § 30, cit., nm. 20. Trata-se de uma via de enquadramento que, pelo que dizemos em texto, não parece de acompanhar. Afigura-se-nos que uma posição como esta acaba por não ter por si nem o argumento – a que não atribuímos importância decisiva, mas que poderia ser aqui esgrimido – da letra da lei, porquanto o tempera, nem tem por si argumentos materiais. Na verdade, por via probatória – já que, como salientamos em texto, a prova da efectiva representação do possível carácter de sinistro dos factos acaba por ser feita por presunções cuja formulação coincidirá com a da diligência exigível –, acaba por se chegar a soluções sobreponíveis às que decorrem da solução a nosso ver mais correcta e que tem ademais a vantagem de ser mais transparente.

⁸⁵⁰ Com o que se acolheria, apenas para hipóteses excepcionais de negligência especialmente grave – a aferir também por referência à duração do período de falta de verificação – compreensão similar à sustida pela jurisprudência superior austríaca no tocante à não representação de certos factos por negligência grosseira.

material" não poderá já, porém, servir para alijar o segurador do risco inerente à identificação dos elementos relevantes, que a lei, ao dar-lhe a iniciativa, sobre ele coloca. Como tal, o dever espontâneo apenas brota quando a importância da informação seja especialmente clara para o segurado e, não obstante, se justifique que o segurador a não haja solicitado – *maxime*, quando se trate de actualizar informação anteriormente prestada ao segurador⁸⁵¹, ou face a circunstâncias fora do comum e com impacto significativo nas circunstâncias do sinistro⁸⁵². Estes deveres mais dificilmente se colocarão, porém, quando o próprio segurador inspeccione periodicamente a evolução das consequências do sinistro – vg., através de exames médicos rotineiros⁸⁵³.

Note-se ainda que o dever só existe em relação a informações relevantes – que são todas as que possam afectar a subsistência ou alcance do dever do segurador, sendo pertinentes às circunstâncias ou consequências do sinistro, bem como à avaliação da credibilidade do segurador-informante relativamente aos dados fornecidos⁸⁵⁴. O pedido de informações não pode – sob pena de violação da boa fé e, concretamente, das disposições sobre práticas comerciais desleais – servir para protelar o vencimento da obrigação pelo segurador; quando seja o próprio contrato a fazer a exigência, será o RJCCG a fulminar a cláusula em apreço⁸⁵⁵.

O conteúdo normativo do art. 101.º, n.º 3, ao tempo que prevê afastamentos de relevo face ao que pareceria ser o conteúdo geral do regime legal, é equívoco no alcance que lhes dá. Em primeiro lugar, a norma prevê que *o incumprimento permanece inconsequente quando o segurador tenha tido conhecimento do sinistro por outros meios, durante o prazo previsto para o dever de comunicação*⁸⁵⁶. Ora, se

⁸⁵¹ GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata...* cit., pp. 227-228.

⁸⁵² MANFRED WANDT, "VVG § 31 Auskunftspflicht des Versicherungsnehmers", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 10.09.2012), nm. 27.

⁸⁵³ ANTIGONO DONATI, *Tratatto... III*, cit., p. 547.

⁸⁵⁴ Relativamente aos dois primeiros casos, pense-se nas informações atinentes aos contactos de potenciais testemunhas, ao valor de um bem, danos que já tenha sofrido ou ano de produção; relativamente ao último, pense-se no questionamento sobre relações entre o segurado e terceiros ligados ao sinistro, ou sobre o seu historial de sinistros – cfr. MANFRED WANDT, § 31, cit., nm. 35 e ss.

⁸⁵⁵ Veja-se o art. 12.º, d), do DL 57/2008, de 26 de Março. Cfr., a este propósito, ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, "Art. 100.º", cit., p. 384, que considera ainda, com muita propriedade, aqui mobilizável o art. 19.º, b) do RJCCG.

⁸⁵⁶ Outros ordenamentos dão similar relevância à aquisição de conhecimento, por parte do segurador, relativamente às circunstâncias do sinistro: veja-se o § 30, I, da VVG alemã (de alcance supletivo: § 32) ou o art. 16.2 da LCS. O art. 1913. do *Codice civile* contém disposição de intencionalidade

a referência que aí se faz é ao incumprimento dos deveres ínsitos no art. 100.º (para este remete o art. 101.º, n.º 1, para o qual remete o n.º 1), é certo que a norma parece reportar-se apenas ao dever de comunicação do sinistro. Tal ambiguidade formal não pode deixar de ser resolvida por argumentos materiais: o facto de se admitir que o escopo do dever seja realizado por outra via no caso da participação do sinistro não pode deixar de valer por igual para outros deveres de informação que se coloquem. Em qualquer caso, tal apenas vale *desde que a tomada de conhecimento pelo segurador ocorra dentro do prazo concedido ao segurado, pela lei ou pelo contrato, ou também, no caso dos outros deveres de informação, dentro do prazo fixado ad hoc pelo segurador para o respectivo cumprimento* (ou antes do prazo em que seria razoável esperar tal cumprimento). Como tal, o que se estipula é, no fundo, que o conhecimento por parte do segurador apenas tem significado *quando o incumprimento dos deveres em causa não chegue à relevância*, por não ter ainda decorrido o prazo concedido para proceder à comunicação⁸⁵⁷.

Por outro lado, a mesma norma estabelece que o incumprimento permanece irrelevante quando o obrigado prove que não podia razoavelmente ter procedido à comunicação em momento anterior. Esta norma pareceria integrar a *fattispecie* do art. 101.º, n.º 1, *vindo estabelecer uma exigência de culpa* – sob o parâmetro da razoabilidade – restrita porém à relevância da comunicação tardia. Novamente, não se vê o bem fundado da restrição da exigência de culpa apenas a parte das hipóteses de violação de deveres contempladas: porque deveria haver lugar à redução da prestação em caso de indicação não culposa de circunstâncias erróneas e não já em caso de indicação tardia, quando ambas causassem igual dano? Não seria, de todo o modo, de retirar da falta de referência da lei à negligência, no n.º 1 do art. 101.º,

semelhante, restringindo, porém, as hipóteses de aquisição de conhecimento pelo segurador aos casos em que este intervenha nas operações de salvamento – em defesa do regime legal, GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata...* cit., p. 227, considerando que, de outro modo, alijar-se-ia o dever de diligente comunicação imposto ao segurado por sobre o segurador, não obrigado a tal diligência. Em qualquer dos casos, trata-se de disposições formalmente limitadas à hipótese de violação do dever de participação do sinistro. GIESELA RÜHL, *Obliegenheiten...* cit., p. 338, dá conta da existência de jurisprudência inglesa no mesmo sentido, mas sem que vigorasse um princípio generalizado.

⁸⁵⁷ A tomada de conhecimento do segurador não opera a favor do segurado quando este se encontra já em incumprimento, pelo que pouco sentido faz, perante a nossa lei, considerar que se trata aqui de uma consideração a colocar em sede de causalidade – falha logo a ocorrência de violação de dever, que só se verifica com o final do prazo. Colocando a questão em termos de causalidade, mas logo relativizando o alcance do raciocínio, MANFRED WANDT, § 30, cit., nm. 46 e ss.; veja-se também quanto conclui em MANFRED WANDT, § 31, cit., nm. 42.

sem mais, o estabelecimento de uma responsabilidade objectiva, impondo-se aos devedores a garantia de um resultado correspondente à prestação de informação correcta, cabal e atempada⁸⁵⁸.

d. As consequências legais do incumprimento face à dinâmica da liquidação do sinistro

As consequências legais da redução na medida do dano causado ou perda do direito se houver dolo e dano significativo valem apenas na medida em que o contrato as previr: o art. 101.º, a que tornaremos a propósito do regime do salvamento, *tem a estrutura de uma norma final*. como vimos, para os casos de comunicação tardia ou equívoca. O CCom, sem distinguir entre as várias hipóteses, previa apenas, como vimos, consequências indemnizatórias; em fundamentação de tal previsão, a doutrina salientava a desproporção entre uma consequência jurídica exoneratória e o não cumprimento da obrigação de comunicar⁸⁵⁹.

A solução legal nacional não encontra paralelo cabal nos ordenamentos mais próximos. A solução entre nós prevista para a hipótese de incumprimento negligente, permitindo a dedução do dano causado directamente no montante da prestação, dialoga com a prevista nos ordenamentos belga – actual art. 76., § 1⁸⁶⁰ –, espanhol – art. 16.2 –, ou italiano – art. 1915. – não se afastando grandemente do que decorria do CCom.

Já no tocante ao incumprimento doloso, não há um parentesco directo. Se por um lado se cria um regime especial exactamente para o incumprimento doloso –

⁸⁵⁸ Na doutrina nacional, também ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, "Art. 101.º", cit., p. 386, entende a referência do citado n.º 3 como exigência de que a violação, para que releve, tenha sido operada com culpa, referindo a preclusão dos direitos que para o segurador decorrem do incumprimento, em caso de actuação sem culpa ou de força maior. Não referimos em texto a força maior, consumida pela exigência de culpa. Já face ao art. 440.º do CCom, que não tinha qualquer limitação semelhante, se considerava que o segurado podia em todo o caso invocar as defesas de caso fortuito ou força maior (assim, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 571). Por outro lado, ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, "Art. 101.º", cit., p. 386, justifica também a exigência de culpa pelas circunstâncias de cumprimento do dever, que coincide com a ocorrência do sinistro e pode ser particularmente perturbador para o obrigado. Como dizemos em texto, não é de ter por privativa dos deveres a cumprir após o sinistro a exigência de negligência para retirar consequências do respectivo incumprimento; aquelas circunstâncias poderão, sim, *importar já na avaliação da culpa*.

⁸⁵⁹ REVISTA DOS TRIBUNAIS, "Responsabilidade...", cit., n.ºs 101-104 (pp. 104-108), afirmando que tal estaria vedado *de iure condito*; JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 114, acolhendo esta consideração como válida *de iure condendo*, mas considerando que a exoneração podia ser pactuada nas hipóteses de incumprimento doloso.

⁸⁶⁰ Sobre o preceito, MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., pp. 228-229.

como ocorre no ordenamento italiano –, por outro subordina-se a perda da prestação que tem então lugar à produção pelo incumprimento de dano significativo. Neste último ponto, o regime nacional mostra similitude com o disposto no francês pelos termos imperativos do art. L113-2, 4.º, onde a *déchéance* eventualmente prevista pelo contrato para as hipóteses de declaração tardia se subordina ao pressuposto da causação de dano ao segurador (podendo também ser excepcionada pela invocação de caso fortuito ou de força maior). O facto de aí o dano ser latamente entendido como perda de *chance* afasta, porém, a proximidade que resultaria à partida⁸⁶¹.

Na determinação do alcance destes regimes não se pode perder de vista o carácter dinâmico das operações de liquidação do dano, que dependem da cooperação entre segurado e segurador: se o primeiro é o avantajado pela assimetria informativa face aos factos a informar, o segundo é o avantajado por tal assimetria no tocante à valoração técnica desses factos. Em primeiro lugar, poderá haver omissão de prestação de informações requerida pelo segurador ao segurado. A falta de fornecimento de informação *específica e repetidamente solicitada, sem motivo bastante, indicia o incumprimento doloso* dos deveres estabelecidos no art. 100.º, n.º 3. Por outro lado, o direito não está já ameaçado de *decaimento* quando a falta de cooperação do segurado resultar de *pura e simples negligência*, mais plausível quando não tenha havido *um pedido concreto e específico de informação, resultando o dever de a prestar do contrato*⁸⁶². Saliente-se que pode mesmo então não haver sequer negligência da parte do segurado – sobretudo, quando os termos do contrato não lhe tenham sido comunicados ou não lhe sejam compreensíveis. Se o cumprimento for defeituoso, o segurador *deverá também em boa fé requerer que a informação ou documentos fornecidos sejam completados*, antes de retirar consequências da falta de cooperação – procede aqui uma analogia face ao art. 24.º, n.º 3⁸⁶³.

Este realçar da cooperação por parte do segurador, colocando sobre si a

⁸⁶¹ FABRICE LEDUC, "Déchéance pour déclaration tardive de sinistre et préjudice de l'assureur", in *Études offertes à Hubert Groutel, Responsabilité civile et assurances*, LexisNexis Litec, Paris, 2006, pp. 247-262, pp. 258 e ss. e infra, IV. 2. § 2 C.c.

⁸⁶² Saliente-se que a percepção da dificuldade que o segurado experimenta na identificação de informação relevante é a *ratio* da colocação, nos termos do regime supletivo alemão, da iniciativa de requerer informação a cargo do segurador – MANFRED WANDT, § 31, cit., nm. 19.

⁸⁶³ A "Rückfrageobliegenheit" do segurador era já também entre a doutrina alemã transposta do regime da declaração inicial do risco para o da prestação de informações relativas ao sinistro – MICHAEL TERBILLE, "Das Alles-oder-Nichts-Prinzip im Versicherungsrecht, dargestellt anhand der Regelungen der §§ 6, 23 ff und 61 VVG", *r+s*, 2001, pp. 1-7, p. 4; MANFRED WANDT, § 31, cit., nm. 78-80.

iniciativa de requerer a prestação ou compleição da informação fornecida, está desde logo de acordo com a configuração do art. 100.º, n.º 3, como com o reconhecimento da sua vantagem no tocante à identificação da informação tecnicamente relevante. Cumpre, pois, salientar que, neste quadrante em particular, pode relevar a culpa do lesado segurador, cuja omissão negligente da cooperação devida se conjuga com a negligência do segurado na avaliação das circunstâncias do sinistro.

Se o contrato não puser em vigor estas consequências, não deixará o segurador de poder lançar mão do regime geral de indemnização de danos, na medida em que lhe sejam causados pela violação destas exigências de conduta. Valerão, porém, os limites traçados pelo art. 101.º, n.º 3: se estes valem para a hipótese da redução da prestação na medida de um dano causado, não podem deixar de valer quando o devedor for directamente accionado.

e. Nos seguros de acidentes pessoais e de saúde

Tradicionalmente, alega-se que não procedem, em sede de seguros de capitais, as razões da imposição do regime em sede de seguros de danos, já que a realização do risco seguro poderia ser demonstrada para além do decurso de um prazo e, por outro lado, a ultrapassagem de um qualquer prazo não seria apta a agravar a prestação do segurador, pré-fixada, não lhe podendo trazer danos⁸⁶⁴.

A questão não se pode, porém, colocar nestes termos, já que o passar do tempo dificultará ou impossibilitará mesmo o apuramento factual da ocorrência de uma qualquer causa de exclusão da cobertura do risco. De resto, tal apuramento célere é decisivo quando, ainda que o seguro seja de capitais, as consequências do sinistro sejam evolutivas – como acontece tipicamente no seguro de acidentes⁸⁶⁵.

Em termos de relevância destes deveres, os seguros de saúde e de acidentes pessoais não colocam, pois, especificidade. Merece, porém, destaque o facto de,

⁸⁶⁴ JOSÉ VASQUES, *Contrato...* cit., p. 306.

⁸⁶⁵ Assim, embora na Itália o dever de comunicação do sinistro integre o regime dos seguros de danos (arts. 1913. e 1915. do Codice), é afirmada a sua aplicação aos seguros de acidentes não só pela doutrina maioritária que sustenta tratar-se de seguros de danos, como por quem aceite a tese do seguro a "doppia causa". O acentuar da importância deste dever de comunicação em sede de seguros de acidentes vem já de GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata...* cit., pp. 121 (onde o autor revê a sua posição anterior a este respeito) e 222-223, e ANTIGONO DONATI, *Tratatto... III*, cit., p. 527.

nestes casos, a prestação de informações complementares se prender com o fornecimento de dados pessoais sensíveis, atinentes à saúde da pessoa segura. Tal postula a exigência do consentimento livre, específico, informado e explícito do titular da informação de saúde⁸⁶⁶. Por outro lado, podem ter aqui especial relevância também as situações em que o segurador esteja em condições de tomar directamente conhecimento do sinistro, face às hipóteses de prestação em espécie, dirigindo-se o segurado aos prestadores contratualmente designados. Aí, a notificação do sinistro é um acto integrado no próprio aproveitamento económico da prestação.

D. Afastamento e mitigação do sinistro

Esta secção debruçar-se-á, em primeiro lugar, sobre o regime do afastamento e mitigação do sinistro e, de seguida, sobre o regime de reembolso das despesas de salvamento. São regimes entre si complementares e, como tal, mutuamente determinantes.

Na sua compreensão, cumpre ter em atenção que os mesmos se colocam na intersecção de duas sedes de conflitos de interesses⁸⁶⁷. Na esfera do segurado, e com relevo na interpretação da exigência de adopção de medidas de salvamento, temos a tensão entre, de um lado, o interesse em obter a cobertura pela qual pagou, face ao sinistro que se venha a materializar, e, do outro, a exigência de prevenir esse mesmo sinistro ou minorar as suas consequências. Na esfera do segurador, e com relevo na interpretação do regime de reembolso das despesas de salvamento, ocorre a tensão entre esta participação financeira e mesmo estratégica – quando o segurador determine a adopção de medidas concretas de salvamento – na gestão do sinistro, e o facto de tal impedir que o sinistro se revele na sua verdadeira extensão, vedando ao segurador a aquisição da informação correlata.

⁸⁶⁶ Cfr. o art. 35.º, n.º 2, da CRP, o art. 81.º do Cód. Civil, os arts. 3.º, h), e 7.º, n.º 2, da Lei de Protecção de Dados Pessoais, o art. 8.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da UE e os arts. 2.º, h), e 8.º, n.º 2, al. a), da Directiva sobre dados pessoais, bem como os pontos 4.3. c) da Recomendação 1997(5) do Conselho da Europa e 4.6. e 6.1. da Recomendação 2002(9) do Conselho da Europa. A jurisprudência entendeu que estas exigências se encontram cumpridas quando "consta da apólice declaração autónoma, destacada do clausulado, assinada pelos segurados, concedendo à seguradora consentimento para aceder aos seus dados de saúde" (ac. do STJ de 7 de Setembro de 2014, Processo n.º 841/10.0TVPRT.L1.S1, ponto 4.)

⁸⁶⁷ Sobre estas intersecções conflituantes, REIMER SCHMIDT, "Gedanken zu einer Reform des Versicherungsvertragsgesetzes", *NVersZ*, 1999, pp. 401-407, p. 404.

a. Apresentação, fundamentação e enquadramento do regime vigente

Nos termos do art. 126.º do RJCS, em caso de sinistro, o tomador do seguro ou o segurado deve empregar *os meios ao seu alcance para prevenir ou limitar os danos* (n.º 1), o mesmo valendo para quem tenha conhecimento do seguro na qualidade de beneficiário. A consequência jurídica da norma é estabelecida por remissão para o art. 101.º, n.ºs 1, 2 e 4. Nos seus termos, permite-se que o *contrato preveja a redução da prestação do segurador atendendo ao dano que lhe cause o incumprimento* de tal dever (n.º 1). O contrato *pode ainda prever* a perda da cobertura desde que o incumprimento ou cumprimento defeituoso de tais deveres seja *doloso* e tenha *determinado dano significativo* para o segurador (n.º 2).

O regime do salvamento tem como contrapólo o do reembolso das despesas associadas às actividades de salvamento, tratado no art. 127.º, que abordaremos adiante.

Tanto o art. 126.º, como o art. 101.º são normas semi-imperativas, nos termos do art. 13.º, n.º 1, do RJCS. Tal tem, porém, significados diferentes face aos dois preceitos. No tocante ao art. 126.º, trata-se de colocar directamente em vigor um regime, criando um dever na esfera do segurado e de outros sujeitos ligados ao risco, ao tempo que se proíbe ao segurador que modele tal dever em termos mais gravosos. Já o regime das consequências jurídicas, plasmado no art. 101.º, é antes de mais um regime com estrutura de norma final. Não se trata de colocar um regime directamente em vigor, mas apenas de limitar os regimes que o contrato venha a prever: prevendo o contrato a perda ou a redução da prestação do segurador em caso de incumprimento, não pode fazê-lo em termos mais gravosos do que os previstos no regime legal.

Em sede de fundamentação material do regime, deve salientar-se que o parâmetro que em maior latitude inerva este regime é o da boa fé, impondo ao segurado zeloso condutas de cooperação no sentido da contenção da prestação da contraparte. É a este que se apela para defender que, ainda que a lei ou o contrato não previssem qualquer exigência de conduta, as exigências de prevenir e mitigar o dano sempre resultariam da incidência relacional da boa fé, impondo que o segurado conhecedor da cobertura não assista à produção dos danos inactivo,

devendo adoptar uma conduta diligente na sua evitação ou minoração⁸⁶⁸.

De resto, resultaria dos termos legais não se tratar aqui de dar forma a exigências de ordem pública *tout court*, mas de ordem pública de protecção do segurado, permitindo sempre ao segurador afastar-se do previsto na lei desde que para impor um regime menos severo; de uma primeira leitura resultaria também que, nada dispondo o contrato quanto ao sancionamento destes deveres, o seu incumprimento permaneceria simplesmente sem consequências. Não deverão, porém, estes preceitos ser lidos de um modo tão isolado. As exigências da ordem pública *tout court* e, eventualmente, também dos bons costumes, poderão impor aqui que se retirem consequências negativas de uma actuação intencional ou gravemente descuidada para com os bens jurídicos expostos ao risco⁸⁶⁹. Basta pensar que, tratando-se de bens de terceiro, a falta de actuação pode nestes contextos mesmo configurar crime de omissão de auxílio. Tratando-se de bens próprios, seria atentatório dos comandos da ordem pública e dos bons costumes permitir-se que a total omissão de medidas de contenção do dano, quando colimada à obtenção de uma vantagem financeira, pudesse lograr os seus intentos.

Com estas considerações, lança-se também uma primeira ponte na direcção do regime da causação dolosa, cuja proximidade face ao regime do salvamento não pode ser ignorada – aliás, é dela sintomático o facto de, no regime dos PEDCS, virem regulados em conjunto (art. 9:101). Com efeito, o sinistro é um processo, não surgindo como um ponto discreto na cadeia de acontecimentos – sendo, pois, esquivia a fixação das balizas temporais da intervenção de um e outro dos regimes, o que mais se torna evidente nas hipóteses de sinistros dilatados no tempo, ou causados por omissão. A íntima relação entre as figuras sai realçada quando se pensa que nas situações face às quais não faz sentido sequer projectar o regime da causação dolosa no contrato, por não estar em causa qualquer atentado a um bem jurídico, correspondendo o sinistro a um evento desejado (nascimento de um filho) ou ao menos útil (consulta de rotina). Idêntica falta de sentido se encontra na

⁸⁶⁸ Cfr., apenas a título de exemplo, RUDOLPH GÄRTNER, "L'obligation de sauvetage", in *L'harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la C.E.E. Harmonization of insurance contract law in the E.E.C. Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts in der E.E.G.*, Établissements Emile Bruylant, Bruxelas, 1981, pp. 425-440, pp. 427-428; ANDREAS HÖNGER/MARCEL SÜSSKIND, "Art. 61", cit., p. 856; MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., p. 217.

⁸⁶⁹ Assim, relativamente aos preceitos belgas constantes da lei anterior, mas transpostos sem alteração para a LA, MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., p. 216, que dá conta que à regra correspondente consagrada na Lei de 11 de Junho 1874 havia já sido reconhecida idêntica natureza.

imposição de um dever da minoração de consequências de um tal evento desejado: a questão é, aqui como ali, apenas a de saber em que termos este se encontra coberto.

Não obstante, o RJCS, colocando o regime do salvamento em diálogo directo com o regime da comunicação do sinistro e prestação de informações complementares⁸⁷⁰, afastou-o já das soluções consagradas para o regime da causação do sinistro. Assim, *prima facie*, ao passo que o regime da causação dolosa é dotado de sancionabilidade, o do salvamento é dela desprovido – apenas limita uma sanção contratualmente criada –; e, ao passo que o primeiro exige a ocorrência de dolo do causador, o segundo basta-se com a negligência simples. A distância prático-normativamente justa à separação dos dois regimes é, porém, menor do que aquela aqui esboçada. Desde logo, imputar ao regime do salvamento natureza de norma imperfeita não é normativamente adequado ao facto de a conduta decorrer já de um ou vários daqueles parâmetros materiais a que aludimos: nem a ordem pública, nem os bons costumes, nem a boa fé consentiriam que o sujeito pudesse retirar do contrato vantagens conseguidas à custa da sua violação. Veremos adiante que é também devida uma aproximação em sede de pressupostos subjectivos.

Estas normas não dispõem de antecedentes imediatos no regime do CCom relativo aos seguros terrestres⁸⁷¹. Não obstante, a doutrina, que conhecia o dever de outras legislações contemporâneas, retirava um dever geral de afastamento e mitigação do dano da articulação entre o *princípio da boa fé* e da *norma que previa a exoneração do segurador em caso de causação do sinistro pelo segurado ou sujeitos por quem este fosse civilmente responsável*⁸⁷². Considerava-se que, em última análise, o segurado era o causador dos danos que *facilmente pudesse evitar ou combater*; e que, sendo o seguro um *contrato de boa fé*, devia o segurado envidar todos os esforços para prevenir ou minorar os prejuízos, *actuando como se não*

⁸⁷⁰ Esta proximidade encontra-se também no regime do *Codice civile*. Propunha, de *iure condendo*, a similitude dos dois regimes, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., pp. 208-209.

⁸⁷¹ Em sede de seguros marítimos, o Código Ferreira Borges prescrevia, no art. 1779., que, enquanto o segurado não fizesse o abandono que tinha direito a fazer, era obrigado, em caso de "naufragio ou varação, preza ou arresto hostil", a empregar toda a diligência para salvar ou reclamar os objectos segurados (cfr. ainda os arts. 1780. e 1781.). Por analogia face ao regime do contrato de risco, limitava-se aí o dever de salvamento do segurado às hipóteses em que *este se encontrasse a bordo do navio ou próximo dos bens seguros* – não devendo o dever de actuar ser ilimitado (DIOGO PEREIRA FORJAZ DE SAMPAIO PIMENTEL, *Anotações V*, cit., pp. 124-125).

⁸⁷² Era a posição de LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 570 (posteriormente seguido por JOSÉ VASQUES, *Contrato...* cit., p. 268) e é a que em texto descrevemos. Já JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., pp. 205-209, parece tratar a questão em geral no plano do Direito a constituir.

*estivesse segurado*⁸⁷³. A consequência doutrinariamente associada ao incumprimento deste dever era a da *redução da prestação do segurador na medida do dano que poderia ter sido evitado pelo segurado*, com aplicação da ordinária diligência⁸⁷⁴. Por sua vez, este poderia alegar que *todos os esforços teriam sido inúteis para evitar ou mitigar o dano*.

No prolongamento do que dissemos acima, vemos, pois, que a *concepção de um dever geral de salvamento em matéria de seguros terrestres vem no Direito nacional enleada no regime da causação do sinistro*, partilhando dos seus mesmos fundamentos.

À face do RJCS, o regime do salvamento vale para os seguros de carácter indemnizatório, e ainda para os seguros de acidentes pessoais. Deve, porém, alertar-se para que são os seguros de coisas que fornecem o seu núcleo paradigmático de actuação no seguro terrestre⁸⁷⁵. Neste âmbito é, desde logo, mais fácil a concretização de um núcleo central do conceito de sinistro – trata-se da precipitação do risco seguro sobre os bens materiais sobre os quais incide o interesse –; o que, sendo o sinistro o referente do dever de salvamento, torna também mais claros os contornos deste dever. É, pois, antes de mais, por referência aos seguros de coisas que se vem debatendo se o dever de salvamento começa a valer apenas quando o sinistro inicie a produção de dano na esfera do segurado – vg., o fogo alcance a sua casa –, ou se vale mesmo antes desse momento. Do alastramento do regime do salvamento a seguros de pessoas – *maxime*, de acidentes pessoais –, trataremos adiante. De momento, salientemos apenas que, apesar de um convívio difícil com o seguro de responsabilidade civil⁸⁷⁶ – potenciado pelas próprias dificuldades do

⁸⁷³ Similarmente, entendia DIOGO PEREIRA FORJAZ DE SAMPAIO PIMENTEL, *Anotações V*, cit., pp. 124-125, face ao seguro marítimo nos quadros do Código Ferreira Borges, que o dever do segurador não era ilimitado, estando "tacitamente" limitado ao cuidado e diligência do segurado; e que, estando este mais próximo dos bens segurados, deveria velar por eles, em interesse próprio e do segurador.

⁸⁷⁴ LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 570.

⁸⁷⁵ Assim, por exemplo, no ordenamento espanhol pareceria vir o regime de reembolso que acompanha o salvamento limitado aos seguros de coisas, perante a formulação do art. 17. 3, que se reporta aos "bienes salvados"; a doutrina considera, porém, que não se deve dar ao preceito alcance tão acanhado, mas antes alcance geral, abarcando também seguros de pessoas (FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Art. 17...", cit., p. 423). ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ, "Una aproximación al deber de aminorar las consecuencias del siniestro previsto en la Ley de Contrato de Seguro (art. 17)", in *I Congreso Hispano-Luso de derecho de seguros, Madrid 11 y 12 de noviembre 2004*, Editorial Española de Seguros, Madrid, 2005, pp. 91-103, p. 91, dá conta de que outra doutrina (Tirado Suárez) considera que o dever de salvamento é típico e exclusivo dos seguros de danos; mas imputa tal à concepção tradicional a esse respeito, bem como à maior relevância do dever neste campo.

⁸⁷⁶ A difícil convivência desses seguros com o regime do salvamento decorre não só ao seu sentido

recorte da noção de sinistro nessa esfera, dada a complexidade do processo material e jurídico da produção do dano⁸⁷⁷ –, o regime do salvamento vem-se implantando também nessa sede.

A generalidade dos ordenamentos com que vimos cotejando o nacional dispõe de uma norma similar – não assim, porém, o francês⁸⁷⁸ ou o inglês⁸⁷⁹. Em termos de

de cobertura face à actuação do segurado, como das situações muito comuns em que esta se encontra (espácio-temporalmente, ou só temporalmente) separada das suas consequência, quer jurídico-materiais, quer contenciosas. Cfr. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Do dever ou ónus de salvamento no novo regime jurídico do contrato de seguro (Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16/4)", *Cadernos de Direito Privado*, 28, 2009, pp. 3-22, p. 5.

⁸⁷⁷ A juntar ao núcleo problemático aludido na nota anterior, junte-se este outro: face à sucessão de eventos danosos que a entrada no mercado de um produto danoso é apta a desencadear, questiona-se se será de considerar cada evento um sinistro autónomo, apenas havendo lugar ao reembolso das despesas de afastamento ou mitigação havidas uma vez iniciado esse sinistro – e estando, como tal, afastado o reembolso das despesas havidas com a prevenção de cada um desses eventos danosos procedentes da mesma fonte. A este propósito, podem contrapor-se, perante o pano de fundo da Proposta de Directiva de 1979 (versão inicial), os entendimentos de dois autores. JEAN BIGOT, "L'obligation de l'assuré de prévenir ou d'atténuer le dommage et la charge qui s'y rapporte", in *L'harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la C.E.E. Harmonization of insurance contract law in the E.E.C. Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts in der E.E.G.*, Établissements Emile Bruylant, Bruxelas, 1981, pp. 369-382, pp. 374-375, considera que, após o produto se ter mostrado lesivo em relação a um primeiro sujeito, nos encontramos, de facto, após um sinistro. E salienta que as apólices de seguro de responsabilidade civil por produtos defeituosos consideram, geralmente, como um único sinistro as várias consequências danosas de um evento ou de um mesmo defeito, considerando. A ambiguidade da noção de sinistro permitiria acolher esta ideia. Diferentemente, PIERRE VAN DER MEERSCH, "Obligation de l'assuré de prévenir ou d'atténuer le dommage et la charge qui s'y rapporte", in *L'harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la C.E.E. Harmonization of insurance contract law in the E.E.C. Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts in der E.E.G.*, Établissements Emile Bruylant, Bruxelas, 1981, pp. 454-475, pp. 463-464 e 470-471, considera que a compreensão da existência aqui de uma multiplicidade de sinistros quadra melhor com o restante regime do contrato de seguro – vg., com a obrigação de declaração do sinistro, que assim passa a constituir-se no momento da produção de cada dano. Por outro lado, considera que a compreensão dos vários danos como consequências de um mesmo sinistro autorizaria, indesejavelmente, o segurado a actuar na minoração dessas consequências, à margem de qualquer contexto de emergência.

⁸⁷⁸ O dever de salvamento encontra-se apenas consagrado para o seguro marítimo (art. L172-23 Cod. ass.). Em sede de seguro terrestre em geral, estariam, segundo Leduc em HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 525-526, franqueadas as portas para o acolhimento de um dever de mitigação, com base na interpretação complementadora do contrato fundada no art. 1135 do Code civile, e com apoio doutrinal para o efeito. Porém, na oportunidade que se colocou à Cassação (ac. de 7 de Novembro de 2000 da 1ª Câmara civil) de acolher um tal dever de mitigação, esta não acolheu tal qualificação. No caso, a falta de diligência do segurado tinha agravado os danos por ele sofridos, tendo o tribunal exactamente considerado que havia aí a violação de um dever; a Cassação censurou, porém, o acórdão recorrido, considerando que tal decisão era falha de base legal. Saliente-se que Leduc aproxima esta recusa da recusa mantida em geral pela Cassação de admissão de um dever de mitigação do dano pelo lesado.

⁸⁷⁹ O dever não se encontra consagrado em geral, mas apenas em relação ao seguro marítimo (Secção 78, 4, do *Marine Insurance Act* de 1906) conquanto se pudesse invocar aí argumentos de quebra do nexo de causalidade entre o sinistro e o dano para chegar a resultados não muito distantes dos que propicia o regime do dever de salvamento. Esta linha argumentativa teve expressão no caso *City Tailors v. Evans*, onde se considerou que, estando coberta a causação negligente de incêndio, não o estaria já a falta de adopção das medidas necessárias para o extinguir – veja-se PETER NORTH, "The obligation of the insured to prevent or reduce damage and associated costs: an english view", in

força cogente do regime, encontramos uma solução similar à nacional no âmbito dos PEDCS, art. 9:101⁸⁸⁰. Noutros ordenamentos encontramos uma variedade de soluções. Criam um regime directamente aplicável, com *carácter imperativo* o direito belga e, defensavelmente, o direito brasileiro⁸⁸¹; criam também um regime directamente aplicável, mas com *carácter semi-imperativo*, os direitos austríaco, espanhol e alemão⁸⁸²; cria um regime *supletivo* o direito suíço – face ao qual valem, porém, os limites geralmente predispostos para as *Obliegenheiten* contratuais⁸⁸³ – e o direito italiano⁸⁸⁴.

O dever de salvamento – e o seu contrapólo de reembolso das despesas – foram um dos eixos da tentativa de harmonização do regime do contrato de seguro, em 1979-1980 (art. 7. da versão inicial e 8. da versão alterada). Se bem que a iniciativa tenha sido um malogro, e a própria extensão da proposta à matéria do salvamento tenha sido alvo de crítica, por se considerar não carente de harmonização a nível comunitário⁸⁸⁵, os termos da proposta e o debate que os rodeou não deixaram de marcar o Direito dos seguros subsequentemente desenvolvido nos ordenamentos europeus – é notória a sua presença nos trabalhos

L'harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la C.E.E. Harmonization of insurance contract law in the E.E.C. Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts in der E.E.G., Établissements Emile Bruylant, Bruxelas, 1981, pp. 383-392, pp. 384-385 e 389-390 e GIESELA RÜHL, *Obliegenheiten...* cit., pp. 266-267.

⁸⁸⁰ Se por um lado se cria o dever de prevenir ou mitigar o sinistro (n.ºs 1 e 3), por outro a respectiva consequência depende de *clara previsão na apólice*, não podendo, porém, então, estabelecer-se regime mais gravoso do que o aí previsto (n.º 2).

⁸⁸¹ Arts. 75. e 76 da LA (imperativos, *ex vi* art. 56) e art. 771 do CC brasileiro (sendo, como damos indicação em texto, dúbia a sua força cogente).

⁸⁸² Veja-se o art. 17 da LCS, semi-imperativo por aplicação da regra geral consagrada no art. 2. – considerações que valem por inteiro para o art. 581-16 do Anteprojecto de Código Mercantil, atenta a natureza semi-imperativa de que o dota o art. 581-2, b). Relativamente à VVG austríaca, veja-se os §§ 62 e 68a; relativamente à VVG alemã, os §§ 82 e 87.

⁸⁸³ Art. 61 e, quanto ao seu valor jurídico, ANDREAS HÖNGER/MARCEL SÜSSKIND, "Art. 61", cit., p. 867.

⁸⁸⁴ Arts. 1914 e 1915 do Codice (supletivos, exceptuando no tocante à sanção para o incumprimento negligente, que é semi-imperativa, por força do art. 1932).

⁸⁸⁵ Foi por esse motivo muito criticada a sua inclusão. Assim, por exemplo, JEAN BIGOT, "L'obligation de l'assuré...", cit., p. 370, considera que a diferente regulação da obrigação de salvamento e da correlata de suportação das respectivas despesas não motiva a escolha de um segurador em detrimento de outro, não sendo factor apto a distorcer a concorrência. Por outro lado, se se pode inscrever a colocação das despesas a cargo do segurador numa política de protecção do consumidor, não se pode já albergar sob esta finalidade a disposição que cria uma obrigação de salvamento, cujo incumprimento é sancionado, a cargo do segurado. Também RUDOLPH GÄRTNER, "L'obligation...", cit., pp. 426-427, vendo na regulação da obrigação de salvamento uma questão de somenos importância, já que esta sempre decorreria da cláusula geral da boa fé, considera que a sua inclusão na proposta, bem como os termos desta inclusão, resultam de uma importação de regras constantes de contratos de seguro.

preparatórios da LCS (espanhola), de 1980⁸⁸⁶.

b. Âmbito e titularidade da exigência de conduta

A primeira grande questão que se coloca é a de determinar qual o parâmetro do cumprimento deste dever – face ao RJCS, tal implica concretizar o que sejam "os meios ao alcance" do segurado. Trata-se aqui da densificação de um parâmetro de diligência, visto geralmente no Direito comparado de um *modo objectivo*, correspondendo à da actuação como um *segurado prudente e zeloso* e exigindo, mais concretamente, que o sujeito se *conduza como se não estivesse segurado*⁸⁸⁷.

Nenhum destes critérios gerais pode, porém, ser aceite de plano. Como teremos ocasião de melhor ver adiante, o parâmetro objectivo da diligência deve ser subjectivamente matizado quando esteja em causa a actuação face a bens da personalidade. Por outro lado, face ao nosso sistema de limitação das despesas recuperáveis, deve ser relativizado aquilo que é exigível ao segurado quando estejam em causa medidas que possam acarretar custos significativos.

Acresce que o critério da actuação como se se não estivesse segurado, ao tempo que é sistematicamente mobilizado, é também alvo de crítica⁸⁸⁸. Não se pode perder de vista, como começámos por salientar, que, se por um lado o segurado deve adoptar estas condutas que inibem ou minoram a materialização de um risco, por outro é certo que pagou exactamente para não ter que arcar com tais consequências e mesmo para alargar a sua esfera de actuação. Não se lhe pode, pois, exigir que se conduza como se não tivesse afinal adquirido o serviço – de cobertura de riscos – pelo qual pagou. Por outro lado, uma distribuição previsível de riscos limita grandemente as situações em que o segurado possa deixar de actuar invocando motivos estritamente pessoais, a que atenderia se não estivesse

⁸⁸⁶ FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Art. 17...", cit., *passim*.

⁸⁸⁷ ROLAND MICHAEL BECKMANN, "§ 61", cit., p. 1045; é também esta a jurisprudência do BGH (ac. do BGH de 12.7.1972, Proc. IV ZR 23/71, p. 1809); DIRK LOOSCHELDERS, "Rettungspflichtigkeit...", cit., p. 843; "duty to act as if uninsured", PETER NORTH, "The obligation...", cit., p. 383; "protéger ses biens comme un bon père de famille, comme il l'aurait fait s'il n'avait pas été assuré", FREDERICK SALOMONSON, "Quelques remarques sur l'obligation de l'assuré de prévenir et d'atténuer le dommage en droit neerlandais", in *L'harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la C.E.E. Harmonization of insurance contract law in the E.E.C. Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts in der E.E.G.*, Établissements Emile Bruylant, Bruxelas, 1981, pp. 443-449, p. 448; PIERRE VAN DER MEERSCH, "Obligation de l'assuré...", cit., pp. 468-470; JOAQUIN GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, s. ed., Madrid, 1982, p. 167.

⁸⁸⁸ Na doutrina nacional, por todos, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Do dever ou ónus...", cit., pp. 6-7.

segurado⁸⁸⁹.

Assim, há que buscar critérios para substanciar aquele juízo. A este propósito, LOOSCHELDERS propõe o *critério da exigibilidade*: se o sujeito não segurado *poderia adoptar certos esforços para lá do exigível com vista a minorar um dano não segurado, tal não pode servir de bitola para aferição da conduta cumpridora do segurado*^{890 - 891}. Ou seja, a não adopção destes "überobligatorische Anstrengungen" não pode, segundo o autor, vir piorar a posição do segurado. Parece-nos uma boa directriz, que faz justiça ao escopo do contrato; pelo que a adoptaremos também como ponto de partida.

É, pois, por esse critério que se deve concretizar a *fattispecie* do dever, correspondente à adopção de dado padrão de diligência, que o dota da estrutura de obrigação de meios. Poderá materializar-se tanto em condutas positivas – dever de comunicar o roubo às autoridades, de solicitar a intervenção dos bombeiros em caso de incêndio, de recorrer a cuidados médicos urgentes –, como num *non facere* – dever de não tentar reparar uma máquina, aguardando a chegada dos técnicos⁸⁹²⁻⁸⁹³. Esta exigência implica, pois, a de mobilizar a intervenção de outros sujeitos, devendo o segurado, na medida do exigível, colocar os seus meios humanos ao serviço da minoração e, na mesma medida, solicitar a participação de terceiros quando disponham de competências técnicas necessárias à mitigação⁸⁹⁴.

⁸⁸⁹ Vg., de amizade ou relação de negócios em relação a alguém afectado pela sua actuação – cfr. ERNST BRUCK, "Le devoir de prévention et de sauvetage", *RGAT*, 1, 1937, pp. 433-461, p. 446, secundado por JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Do dever ou ónus...", cit., pp. 6-7. Mas vejam-se as constelações de que diremos em sede de seguros de pessoas.

⁸⁹⁰ DIRK LOOSCHELDERS, "Rettungsobliegenheit...", cit., p. 843, salientando que o juízo é totalmente paralelo, neste ponto, face ao que se deve tecer a propósito de culpa do lesado. Com efeito, em sede de culpa do lesado, limita-se o que resultaria de um parâmetro de "actuação como se o dano não tivesse provindo de actuação accionadora da responsabilidade civil de outrem" com a consideração de que este dado do dever de responder de outrem não pode ser olvidado: é este outro sujeito que (co-)gera o contexto que solicita a actuação mitigatória, não devendo o critério de alocação de danos ao lesado deixar de se orientar por tal coordenada.

⁸⁹¹ Não parece que fosse já necessário este vector para enquadrar as situações em que o segurado deixa de salvaguardar bens seguros para dar prevalência a bens de valor sensivelmente igual que estejam do mesmo modo em risco – a actuação "como se não estivesse segurado" dar-lhes-ia já cobertura. Afirmando que o segurado não é à partida obrigado a sacrificar bens seus para salvaguardar os segurados, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Do dever ou ónus...", cit., p. 17.

⁸⁹² As vozes mais influentes na doutrina espanhola consideram, não obstante, que o dever de salvamento apenas impõe condutas activas, não tendo por objecto omissões – veja-se já JOAQUIN GARRIGUES, *Contrato...* cit., p. 167, e, na sua esteira, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Art. 17...", cit., p. 418.

⁸⁹³ É também discutível se engloba também o dever de não prejudicar o direito do segurador a subrogar-se na posição do segurado, actuando contra um potencial terceiro lesante (JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Do dever ou ónus...", cit., p. 9).

⁸⁹⁴ ROBERT KOCH, "§ 82", in *Bruck/Möller, III*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/RALF JOHANNSEN (coord.), *De Gruyter Recht*, Berlim, 2010, p. 394. Esta questão

O Direito português nada refere quanto à posição do segurado perante instruções concretas de actuação que lhe sejam dirigidas pelo segurador, limitando-se a determinar que o segurado tem o direito a recuperar a totalidade das despesas efectuadas em cumprimento destas instruções. Não estabelece, ao contrário da VVG suíça (art. 61.º, n.º 1), um dever do segurado de pedir ao segurador instruções quanto ao modo como deve actuar em face do sinistro; nem lhe impõe, ao contrário, nomeadamente, desse normativo, ou do § 62 da VVG alemã, um dever de seguir as instruções que o segurador lhe dirija para esses efeitos.

Conjugando tal omissão com o regime da comunicação do sinistro – onde se estabelece, no art. 100.º, n.º 1, como prazo supletivo o de oito dias contados do conhecimento do sinistro –, não parece que se deva exigir do segurado tal convocação da participação do segurador. De outro modo, criar-se-ia de um *modo pouco transparente para o segurado* um obstáculo à manutenção do seu direito⁸⁹⁵. Caso o segurador pretenda ter esse tipo de controlo activo nas operações de contenção do sinistro, deverá, pois, estabelecê-lo claramente na apólice, determinando o modo como deve ser feito esse contacto. E note-se que o segurador não adquire com tal um direito de intervenção ilimitada nessa gestão, não podendo impor livremente as medidas que lhe sejam mais convenientes. Decorre do princípio da boa fé que não fica autorizado a sobrepor-se, por esta via, a interesses legítimos do segurado, pondo em causa a sua vida, saúde ou outros interesses patrimoniais relevantes e não segurados⁸⁹⁶.

separa-se naturalmente daqueloutra, que trataremos adiante, em que não se cura já da diligência, ou falta dela, do segurado, mas sim da imputação a este, independentemente de culpa, da actuação dos seus auxiliares.

⁸⁹⁵ Decisivo parece-nos, pois, este argumento da pouca transparência, que prevalece sobre – eventuais – considerações sobre o que seria mais desejável. Considerando decisivo, para afastar um dever de solicitar instruções, o argumento de que a lei o não prevê, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Do dever ou ónus...", cit., p. 13. Sufragando um critério como o previsto na lei suíça, segundo o qual, não havendo *periculum in mora*, o sujeito com direito à prestação deverá requerer ao segurador instruções sobre as medidas a adoptar, e conformar-se com estas, PIERRE VAN DER MEERSCH, "Obligation de l'assuré...", cit., pp. 455-456

⁸⁹⁶ Estas limitações eram erigidas face ao anterior § 62 da VVG, que previa o dever de seguir as instruções do segurador, sem o limitar por um critério material; não obstante, a jurisprudência e a doutrina ergueram aqui barreiras que se reconduziam a um critério de exigibilidade, retirado do princípio da boa fé, que hoje se encontra plasmado no § 82, II (ALEMANHA, *VVG-RegE*, cit., p. 80 (anotação ao § 82), também quanto ao exemplo que se segue). Assim, considera-se não pode impor-lhe, num seguro automóvel contra danos próprios, que recorra às oficinas do segurador e não da marca, quando tal faça caducar a garantia de que goza o segurado. Acrescia que o segurado não estava obrigado a seguir instruções que conduzissem a um resultado proibido ou contrariassem os bons costumes – cfr. HANS MÖLLER, "§ 62", cit., p. 632, e a jurisprudência aí citada.

Coloca-se ainda a questão de saber por quem é que tais exigências devem ser actuadas. Esta questão é mais estreitamente ligada ao *Tatbestand* do dever do que se poderia supor. Com efeito, debate-se se o conhecimento da existência da garantia própria do seguro é uma condição para o próprio preenchimento dos pressupostos da constituição do dever⁸⁹⁷. Ora, se tal – eventual – pressuposto não coloca dúvidas em relação ao tomador, que, como parte contratual, necessariamente conhece o contrato, não é já óbvio face ao segurado ou ao beneficiário. Vejamos, pois, perfunctoriamente como se rege a titularidade destes deveres – sem prejuízo da análise sistemática da posição dos vários sujeitos ligados ao risco face a esta exigência de conduta, que se seguirá no § 3 desta Parte.

Os deveres em causa tenderiam, naturalmente, a impender sobre o segurado, que, na qualidade de titular do interesse seguro, é o principal “gestor do risco” e, sendo o sujeito afectado pela perda do direito à indemnização ou pela respectiva redução, seria também o principal interessado no cumprimento do dever⁸⁹⁸.

No entanto o RJCS prevê que a obrigação em causa incumba ao tomador, ao segurado, ou ainda a quem tenha conhecimento do seguro na qualidade de beneficiário (art. 126.º, n.ºs 1 e 2). No fundo, trata-se aqui da atenção ao facto de que, nas circunstâncias concretas, poderá um ou outro dos sujeitos ter uma maior proximidade face ao objecto do interesse seguro, assegurando-se, com a imposição do dever aos vários sujeitos implicados pelo contrato, que o mais bem posicionado para salvaguardar o bem em causa estará juridicamente compelido a fazê-lo⁸⁹⁹.

Daqui resulta também, simultaneamente, a aparente indicação legal da *exigência do conhecimento da cobertura como condição para a incidência do próprio dever*. Da nossa parte, tendemos a considerar que esta directriz configura uma solução ajustada. Não porque os parâmetros de conduta relativas ao risco não possam ser valoradas mesmo na esfera de quem não conheça o contrato, relevando a sua conduta como facto objectivo – tudo se trata, antes, de saber o que é imposto

⁸⁹⁷ Cfr. RUDOLPH GÄRTNER, "L'obligation...", cit., pp. 427-428.

⁸⁹⁸ Cfr. ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ, "Una aproximación...", cit., p. 92; FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Art. 17...", cit., p. 417.

⁸⁹⁹ Este sujeito será normalmente o segurado, mas pode também legitimamente ser o tomador – pense-se nas hipóteses de seguro da coisa objecto de locação financeira celebrado pelo locatário financeiro a favor do locador; ou de, vg., seguro de incêndio celebrado pelo arrendatário do imóvel por conta do proprietário. Veja-se ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ, "Una aproximación...", cit., pp. 92-94, onde colhemos os exemplos referidos. Coloca-se também a questão de o dever poder recair simultaneamente sobre ambos, quando ambos se encontrem em situação objectiva de proximidade em relação ao bem em causa; face à lei espanhola, apesar de esta, tal como a portuguesa, indicar os destinatários da obrigação de modo disjuntivo, entende a doutrina que o pode.

pela distribuição justa dos riscos contratuais. Mas porque com o desconhecimento do contrato falta ao visado um dado essencial para poder orientar correctamente a sua conduta: o de saber que os gastos de salvamento lhe serão reembolsados.

c. O sinistro como referência do surgimento do dever

O sinistro é a referência para o surgimento do dever, sendo o ponto de charneira entre este regime e o da causação dolosa. Ora, face à liberdade de conformação do produto jurídico seguro, ponto de partida na definição do que releve como sinistro terá de ser o que o contrato defina como tal. Não se pode, porém, olvidar que o sinistro vale aqui como referência para a aplicação *das regras legais do salvamento*. Poderá, pois, ser necessária a correcção dos resultados a que chegaria, mediante a convocação, por um lado, da teleologia do regime do salvamento, e, por outro, da noção de sinistro pressuposta na regulação típica.

O sinistro implica, como vimos atrás, a concretização do risco contratualmente definido na esfera do segurado. Em matéria de *determinação do início do dever de salvamento*, esta compreensão não amarra, porém, o intérprete de pés e mãos ao momento em que ocorre um primeiro dano na sua esfera – é, aliás, o RJCS, ao reportar-se à *prevenção do dano*, a abrir espaço para outros entendimentos. Comece por assinalar-se que duas preocupações centrais marcam este debate⁹⁰⁰. Em primeiro lugar, a de que não se deve permitir que o segurado assista impávido à produção de dano nos seus bens, confiante em que o segurador o ressarcirá. Em segundo lugar, a de que não deverá ser penalizado o segurado que empregue os seus meios de um modo tão diligente que não se chegue a concretizar dano reparável na sua esfera; mas tão-pouco deve o segurador arcar com os gastos implicados pela normal administração do risco inerente aos bens seguros.

Deste confronto tem resultado o afastamento decisivo da aplicação dos regimes do salvamento e reembolso das respectivas despesas às hipóteses de actuação puramente preventiva, a montante da ocorrência de qualquer sinistro⁹⁰¹.

⁹⁰⁰ DIRK LOOSCHELDERS, "Rettungspflichtigkeit...", cit., p. 839.

⁹⁰¹ No caso que, no ordenamento belga, marcou o debate em torno da extensão do regime do salvamento, discutiu-se se os gastos havidos com a prevenção antecipada do dano estariam também a cargo do segurador – considerando-se muito polemicamente que tais gastos seriam reembolsáveis. Tratou-se do ac. do Tribunal de Cassação belga, de 22 de Janeiro de 1976, que veio proceder à interpretação do art. 17.º da Lei belga sobre contrato de seguro que valeu até 1991. Tratava-se, nos quadros de um seguro de responsabilidade civil familiar, de considerar se haveria ou não direito ao reembolso das despesas com a contratação de um técnico para reparação de uma antena que, por se

Para lá desse patamar, há que salientar os ordenamentos – referimo-nos ao ordenamento belga⁹⁰² e ao alemão⁹⁰³ – que optaram por separar entre a incidência do dever de salvamento e do direito a recuperar as despesas efectuadas. O primeiro apenas surge, em termos gerais, com o início do sinistro – *hoc sensu*, com o início da produção do dano na esfera do segurado. Já as despesas reembolsáveis são também as levadas a cabo quando o sinistro esteja iminente. Deste todo resulta que não há uma exigência de prevenir um sinistro iminente; mas, sendo levadas a cabo medidas nesse sentido, deve o sujeito ser reembolsado.

No ordenamento alemão, o regime especial do reembolso vale apenas em sede dos seguros de coisas; no belga, vale para todos os seguros com carácter indemnizatório. Na densificação do que se deva entender por sinistro iminente, encontra-se uma tendencial convergência em torno da ideia de que o sinistro se encontra prestes a ocorrer, em termos de se ter *tornado certo* – nas formulações francófonas⁹⁰⁴ – ou de produção altamente provável num curto espaço de tempo – nas formulações germânicas⁹⁰⁵⁻⁹⁰⁶.

ter danificado, ameaçava, com perigo que a Cassação considerou iminente, cair e provocar danos na propriedade e eventualmente na pessoa de terceiros. Veja-se o excerto citado em PIERRE VAN DER MEERSCH, "Obligation de l'assuré...", cit., pp. 465-467. Não era esse o entendimento que a doutrina fazia do regime então vigente, o que adensou a recepção muito crítica do acórdão – MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., pp. 217-218.

⁹⁰² Cfr. os actuais arts. 75. e 106 da LA, herdeiros directos das correspondentes disposições da LCA.

⁹⁰³ Cfr. os §§ 82 e 90 da VVG. Antes da actual VVG, a doutrina e a jurisprudência entendiam já, em relação a *seguros de coisas*, que o dever de evitar o dano não se constituía apenas com a produção do sinistro: era bastante que o sinistro estivesse iminente, entendendo-se que o estava quando, sem as medidas de salvamento, o dano em causa se tornasse inevitável ou se produzisse com elevada probabilidade num curto espaço de tempo (DIRK LOOSCHELDERS, "Rettungsobliegenheit...", cit., pp. 839-840, quanto a todo este contexto). A jurisprudência deixava, porém, a questão em aberto em relação aos seguros de responsabilidade. Esse entendimento foi o que vazou para os moldes da nova VVG. Nesta, a "Vorerstreckungstheorie" só vale em sede dos seguros de coisas; e só vale para as despesas efectuadas, e não para alargar a vigência de deveres (§90). Entendeu o *Regierungsbegründung* que o contrário oneraria demasiado o tomador e enfraqueceria a proibição de causação culposa do sinistro (ALEMANHA, *VVG-RegE*, cit., pp. 80 (anotação ao § 82) e 82-83 (anotação ao § 90)).

⁹⁰⁴ Com efeito, a jurisprudência belga e francesa dos anos '70 acolhia o dever quando se tratasse de sinistro *iminente e certo* – JEAN BIGOT, "L'obligation de l'assuré...", cit., pp. 374-375.

⁹⁰⁵ Uma vez, que, como referiremos de seguida em texto, a valoração da conduta de actuação sobre os bens é enquadrada em sede do regime de causação do sinistro – onde conflui com a causação por omissão –, a formulação usada para recortar o que seja um sinistro iminente reconduz-se à aí desenhada como "situação em que a ocorrência do sinistro deslizou para a sede das possibilidades a ter imediatamente em consideração (cfr. por exemplo o ac. do BGH de 14.04.1976, IV ZR 29/74, nm. 14). Cfr. quanto às várias propostas, HANS MÖLLER, "§ 62", cit., p. 637, salientado que o apelo à "inevitabilidade é aqui demasiado restritivo", mais acertado se mostrando acolher a tese de Raiser, segundo a qual o sinistro se encontrava iminente quando a ocorrência do dano se mostre de elevada probabilidade.

⁹⁰⁶ É a algo semelhante que alude também FREDERICK SALOMONSON, "Quelques remarques...", cit., p. 447, numa formulação impressiva, conquanto demasiado tributária da lógica da gestão de negócios para que nos seja prestável: a gestão de negócios corporizada no salvamento só teria razão

Dir-se-ia, pois, que com isto não se acautelava a primeira daquelas preocupações, permitindo-se afinal que o segurado assistisse impávido ao processo de precipitação do sinistro na sua esfera. Em ambas as ordens jurídicas se rejeita este resultado. No ordenamento alemão, entende-se que a sua conduta é então regida pela proibição da causação dolosa ou grosseiramente negligente do dano⁹⁰⁷. A diferença de regimes é, porém, assinalável, vindo o segurado avantajado com a convocação do regime da causação do sinistro. Com efeito, ao contrário do que ocorre na generalidade dos regimes das *Obliegenheiten*, impende sobre o segurador não só o ónus da prova do dolo, como da culpa grosseira, e ainda o ónus da prova da causalidade entre a conduta do sujeito e o sinistro. Em sede de salvamento, tal como em relação à generalidade das *Obliegenheiten*, impende sobre o tomador o ónus da prova de inexistência de negligência grosseira, bem como da ausência de influência da violação do dever relativamente à ocorrência do sinistro, ou à constituição e extensão do dever de prestar do segurador.

No ordenamento belga, admitindo-se também o apelo ao regime da causação do sinistro, mantém-se porém o enquadramento da hipótese em sede de salvamento, considerando-se que, quando o contrato o não faça expressamente, será então o princípio da boa fé a impor uma actuação diligente no sentido de evitar um sinistro iminente⁹⁰⁸.

Estas considerações abrem também o trilho para as soluções práctico-normativamente mais adequadas no nosso ordenamento. Na verdade, tão-pouco entre nós poderia o segurado assistir impávido à materialização do sinistro, sem com tal violar o parâmetro da boa fé, concretizado na imposição de condutas de cooperação no sentido do não agravamento da posição da contraparte. Colocar-se-ia, sim, a questão de saber se não bastaria aí a intervenção do regime da causação do sinistro, reservando-se o salvamento para o processo posterior à interferência do sinistro na esfera do segurado. Essa solução não se mostra, porém, satisfatória. Por

de intervir quando os *interesses do segurador* sobre a objecto fossem directamente postos em causa, “si directement et inévitablement, autant qu’économiquement, la chose assurée est devenue la sienne et n’est plus, au sens économique, l’objet qui appartient à l’assuré.”

⁹⁰⁷ Sendo, aliás, a preservação do regime da causação do sinistro um dos fundamentos invocados pelo legislador para o facto de a “Vorerstreckungstheorie” não valer para o próprio dever – ALEMANHA, *VVG-RegE*, cit., p. 80 (anotação ao § 82); DIRK LOOSCHELDERS, “Rettungsobliegenheit...”, cit., p. 840.

⁹⁰⁸ Assim, MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., p. 219 e JEAN-LUC FAGNART, *Le contrat... cit.*, pp. 148-149, apelando ao art. 1134, al. 3), do Código civil.

um lado, não dá inteira expressão às exigências da boa fé, já que – ao contrário do que acontece no ordenamento alemão, onde tal delimitação de regimes é defendida – deixa desguarnecido o segurador nas hipóteses de negligência grosseira do tomador perante um sinistro iminente. Por outro – e exactamente por falta de uma norma como a alemã ou a belga –, deixa desguarnecido o segurado que com tal diligência empregue os seus meios que, actuando quando o sinistro esteja apenas iminente, consiga prevenir todo o dano, ou levar a que este só em parte se concretize. Não parece, para estes efeitos, preferível o recurso a instrumentos mais genéricos, de feição subsidiária, como a gestão de negócios ou o enriquecimento sem causa. Ao contrário do regime do salvamento, estes não nascem já marcados pela distribuição de riscos específica do contrato de seguro; e, pelo contrário, este último regime chama a si a regulação destes casos, por identidade de razão face às suas hipóteses centrais⁹⁰⁹.

Não parece que se imponha assim um encargo ilegítimo ao segurado, ou ao segurador: trata-se de interpretar o regime vigente à luz do comando da boa fé. A própria letra da lei desonera o intérprete, abrindo espaço normativo a este entendimento, na medida em que se reporta à actuação para prevenção do dano – retratando, pois, um processo de sinistro que tem início a montante da produção daquele. A equiparação da lesão iminente de bens jurídicos à lesão efectiva, quando se trata de dar tutela jurídica às actuações em defesa de bens jurídicos, não é, de resto, de todo estranha à lógica do ordenamento, perpassando as constelações da legítima defesa ou do estado de necessidade.

d. Pressupostos e consequências jurídicas do incumprimento

Para que se possam retirar consequências jurídicas do incumprimento destas exigências, urge que se reúnam pressupostos subjectivos e objectivos.

Em sede de pressupostos subjectivos, uma primeira questão debatida é a de saber se o conhecimento positivo do sinistro é desde logo condição para o próprio preenchimento do *Tatbestand* do incumprimento, ou antes se se trata de questão a ser analisada em sede de culpa, podendo então ser tiradas consequências tanto do

⁹⁰⁹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Do dever ou ónus...", cit., p. 9, afirma que a rejeição do enquadramento das situações de sinistro iminente nesta sede lhe levanta muitas dúvidas; aparentemente rejeitando-a, pp. 430-431. Contra, ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, "Art. 126.º", cit., pp. 430-431.

conhecimento do sinistro, como da falta de conhecimento censurável da sua ocorrência. Ora, cumpre aqui avaliar a conduta do sujeito face ao risco, impondo-se saber se este estava na posse do conhecimento de todas as circunstâncias necessárias a orientar correctamente a sua conduta. Pelo que enquadramento mais ajustado para levar a cabo este juízo parece ser o do erro sobre os pressupostos de facto do surgimento de um dever. Adiantamos já, por paralelo com o que explicaremos de seguida quanto ao grau de culpa relevante para o incumprimento, que apenas deve relevar para o incumprimento a negligência grosseira ou o dolo quanto ao conhecimento de tais circunstâncias de facto⁹¹⁰.

O regime legal não exige aqui, ao contrário do que acontece nos ordenamentos alemão e austríaco⁹¹¹, que o não cumprimento se processe com negligência grosseira. Tal *gera antinomias normativas face ao regime da causação dolosa – onde nem sequer se foi, como nesses outros ordenamentos, ao ponto da afirmação da suficiência de negligência grosseira*⁹¹². Uma justificação tradicional para a insistência de um limiar mínimo de negligência grosseira assenta na ideia de que o sinistro provoca no indivíduo um estado psicológico específico, que torna certos comportamentos desculpáveis. Mais probantes parecem, porém, os

⁹¹⁰ A posição maioritária no ordenamento alemão enquadra também a questão em sede de culpa, tendo sido abandonada a posição já minoritária à luz da anterior VVG, nos termos da qual o conhecimento do sinistro seria desde logo um pressuposto para que se pudesse falar em cumprimento da *Obliegenheit*. Considera-se que, ao contrário do que o pretendia tal doutrina, não se pode invocar a analogia face aos pressupostos do regime do agravamento do risco, já que aí é a lei a requerer expressamente o conhecimento do agravamento pelo tomador – o que não exige aqui (cfr. ROBERT KOCH, "§ 82", cit., pp. 392-393). Entre nós, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Do dever ou ónus...", cit., pp. 10-11, ergue o conhecimento a pressuposto do surgimento do dever.

⁹¹¹ Cfr. o § 82, III, 2), da VVG alemã e o § 62, II, da VVG austríaca; no silêncio da lei francesa a este respeito, JEAN BIGOT, "L'obligation de l'assuré...", cit., p. 378, considerava não obstante que o incumprimento da obrigação só deveria ser sancionável quando correspondesse a uma falta grave. Esta culpa graduada não é, porém, exigida noutras legislações, como a espanhola, a belga ou a italiana. Não o era tão-pouco na Proposta de Directiva de 1979 (art. 7.º, n.º 4, da versão alterada), onde não se exigia, para retirar consequências indemnizatórias do incumprimento, uma culpa graduada – o que suscitou de RUDOLPH GÄRTNER, "L'obligation...", cit., p. 431, a crítica de que (face, vg., ao Direito alemão) a proposta da Comissão poderia ser considerada um retrocesso na protecção dos consumidores.

⁹¹² Como resulta do anteriormente exposto, não se poderia alegar a este propósito uma igualdade de razão face ao regime da culpa do lesado, afirmando que a suficiência da negligência simples do lesado naqueles quadros poderia de algum modo escorar a suficiência da mesma bitola nos quadros do salvamento. Os fundamentos de um e do outro instituto são diversos, não se podendo fazer aqui mobilizações analógicas sem particular cuidado de fundamentação. Ora, e ao passo que a suficiência da negligência simples pode em sede de culpa do lesado ser por exemplo justificada por razões de igualdade entre os pressupostos da alocação do dano ao lesante e ao lesado, já a mesma fundamentação não colhe nesta sede, em que o incumprimento pelo segurado não é antecedido por incumprimento do segurador; pelo contrário, na sede que analisamos, o argumento da utilidade do contrato implicaria a cobertura das consequências do sinistro determinadas por negligência grosseira (DIRK LOOSCHELDERS, "Rettungsobliegenheit...", cit., p. 838).

argumentos que se escoram no sentido e fim do contrato de seguro para gravar aqui a marca mínima da negligência grosseira⁹¹³. Nos seus termos, invoca-se que não valem, perante a relação especial do seguro, os argumentos de tutela geral do tráfico jurídico que reclamam como regra o dever de responder em caso de negligência simples; e vale, opostamente, o argumento de que a generalidade dos segurados tem interesse em obter cobertura também para as hipóteses de negligência simples⁹¹⁴. De outro modo, sendo, na maioria dos casos, ao menos problematizável a possibilidade de evitamento ou mitigação dos danos através da adopção de ulteriores medidas, facilmente se suscitariam hipóteses de incumprimento com falta ao menos ligeira, pondo em causa a cobertura num sem-número de casos.

Estas considerações não têm passado despercebidas à doutrina nacional, que vê como duvidoso que possa bastar a negligência simples para que as consequências do incumprimento sejam accionadas⁹¹⁵.

De resto, vale o regime do art. 101.º, aplicável por remissão. Este determina, no respectivo n.º 1, que o segurador possa, verificado o incumprimento – culposo, nos termos do art. 126.º, n.º 1, como vimos de ver –, se o contrato o previr, *reduzir a prestação na medida do dano causado*. Em caso de incumprimento doloso que tenha *causado dano significativo* ao segurador, poderá, quando o contrato o previr, nos termos do n.º 2, haver lugar à perda total da prestação. Analisaremos na Parte IV.2 mais de perto as implicações destas disposições.

Fica, porém, a questão de saber se, nada prevendo o contrato, se poderá ainda aplicar consequências jurídicas ao incumprimento. Deixámos já acima esboçado que a resposta deve ser afirmativa: os parâmetros da ordem pública, dos bons costumes e da boa fé não permitem concluir que a não adopção das condutas de salvamento fique em todos os casos isenta de consequências jurídicas. Ao menos nas hipóteses em que o segurado viola dolosamente o seu dever, parece-nos que não poderão ser alijadas as respectivas consequências sobre o segurador – tal seria normativamente

⁹¹³ Assim, RUDOLPH GÄRTNER, "L'obligation...", cit., pp. 431-433, que considera que àquela descrição do comportamento do tomador subjaz a sua representação como uma "velhinha".

⁹¹⁴ RUDOLPH GÄRTNER, "L'obligation...", cit., pp. 431-433; DIRK LOOSCHELDERS, "Rettungspflicht...", cit., p. 845.

⁹¹⁵ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Do dever ou ónus...", cit., p. 19. Apesar de o ordenamento espanhol tão-pouco se reportar à negligência grosseira, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Art. 17...", cit., p. 423, considera que a negligência leve não deve bastar para accionar as consequências do incumprimento.

contraditório desde logo face ao regime da causação dolosa do sinistro, que com este confina⁹¹⁶. Não tendo o segurador previsto expressamente a perda total da prestação, nos termos do art. 101.º, n.º 2, sempre se teria aqui que admitir, pelo menos, que pudesse reduzir a prestação na medida do dano causado, por esta via se procedendo à remoção do dano da sua esfera.

f. O regime do reembolso das despesas de salvamento

Não se prevendo deveres de afastamento e mitigação no CCom, tão-pouco se previa, é bom de ver, um regime de reembolso das despesas correspondentes. A questão do reembolso das despesas de salvamento era tratada apenas em especial, em relação ao seguro de incêndios, atento o interesse público em incentivar a minoração pronta dos danos, para evitar a propagação do fogo⁹¹⁷. Idêntica preocupação se espelhava já no Código Ferreira Borges – que, além de disciplinar a este propósito o seguro de incêndio, disciplinava ainda, em coerência com a imposição do correlato dever, as despesas de salvamento em seguro marítimo⁹¹⁸. Nos quadros do Código Veiga Beirão, a doutrina tratava, porém, em termos gerais a questão do reembolso, sem ser claro se considerava este direito apenas existente

⁹¹⁶ Não se descortina já contraditoriedade com as opções legais face ao agravamento do risco, que prodigalizam ao segurador, no silêncio do contrato, uma protecção muito mais intensa do que a conferida face ao não afastamento e mitigação do sinistro: face às primeiras hipóteses, sempre se pode dizer que se trataria aí de proteger o segurador face ao ingresso de um risco agravado na cobertura, que pode materializar-se não apenas num, mas em vários sinistros. Com efeito, concluir pela natureza de norma imperfeita da exigência do salvamento teria por consequência também a afectação da generalidade dos sinistros produzidos.

JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Do dever ou ónus...", cit., p. 19, propõe aqui uma solução semelhante à seguida pela doutrina inglesa, no sentido de considerar que há quebra do nexo de causalidade entre o facto potencialmente gerador do dano, abrangido pela cobertura, e o dano efectivamente ocorrido. Não pomos em causa que o juízo de causalidade pudesse ter densidade normativa bastante para poder acolher juízos deste género – quando não logo em sede de adequação, em sede de escopo de protecção. Dado, porém, o potencial expansivo dos juízos de causalidade, aptos a tragar juízos inerentes a outros quadrantes e a reconduzi-los às fórmulas amplas da adequação ou do escopo de protecção, parece-nos mais explicativo o enquadramento em texto.

⁹¹⁷ Com efeito, o art. 443 incluía no objecto do dever de indemnizar, entre as perdas e os danos resultantes imediatamente do incêndio, as causadas pelos meios empregados para o extinguir ou combater (vg., entre as quais a doutrina incluía as despesas com a contratação de bombeiros voluntários se não houvesse corporação de bombeiros públicos ou esta não acorresse atempadamente – assim, ADRIANO ANTHERO, *Comentário...* cit., p. 189 – ou as despesas com a remoção de móveis do local afectado). As referidas considerações de interesse público levam a que JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 208 considere a norma imperativa, ao passo que LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 581, a considera supletiva.

⁹¹⁸ Art. 1771., nos termos do qual em caso de incêndio todas as despesas feitas pelo segurado para impedir ou diminuir o dano seriam suportadas pelo segurador. Relativamente ao seguro marítimo, nos termos do art. 1779., última parte, o segurado teria o direito a pedir aos seguradores os adiantamentos necessários para fazer face às despesas do salvamento ou reclamação, ou o reembolso das que tivesse feito, ainda que fossem infrutíferas as suas diligências.

quando a adopção de medidas de salvamento decorresse do contrato, ou se considerava tal direito independente dessa fonte contratual do correlato dever⁹¹⁹. O direito existia face a despesas que se houvessem mostrado necessárias, ainda que improficuas, e ainda que o seu montante superasse o da prestação a cargo do segurador.

Já o RJCS trata em especial a questão. Nos termos do art. 127.º, n.º 1, o segurador reembolsa ao tomador, segurado ou beneficiário as despesas efectuadas, desde que razoáveis e proporcionadas, ainda que os meios em causa se revelem ineficazes. Nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, as despesas reembolsáveis são ainda limitadas no seu montante, sendo deduzidas ao valor do capital seguro. Apenas se libertam de tal limite as despesas que resultem de determinações concretas do segurador ou cuja cobertura autónoma decorra do contrato.

É transparente o sentido do direito à recuperação: uma vez que o sinistro e a sua extensão determinam a constituição do dever de prestar do segurador e o conteúdo deste dever, os *custos em que o segurado incorre para evitar a consumação do sinistro ou extensão das suas consequências devem ser transferidos para o sujeito que deveria contratualmente suportá-los*. O sentido da recuperação destas despesas é, pois, o de *não avantajar ilegitimamente o segurador, que foi remunerado para suportar aquele risco, à custa do segurado, não fazendo, no fundo, tornar à esfera deste último a cobertura do risco transferido*⁹²⁰. A norma encerra em si uma *directriz de preservação da alocação dos riscos contratuais*, bem se compreendendo por isso que seja dotada de carácter semi-imperativo. Por outro lado, a previsão de um direito ao reembolso configura, a par do dever de salvamento, mas actuando pela positiva, um precioso incentivo à protecção de bens.

Estes esclarecimentos iniciais sugerem já um diálogo com o instituto da gestão de negócios; mas marcam também, esperamos, as devidas distâncias. Com efeito, é facto que o sujeito que actue o salvamento o faz para poupar uma despesa maior que adviria, de outro modo, ao segurador⁹²¹⁻⁹²². Porém, a aplicação directa

⁹¹⁹ LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., p. 570.

⁹²⁰ JEAN BIGOT, "L'obligation de l'assuré...", cit., p. 371.

⁹²¹ O fundamento da gestão de negócios é tradicionalmente invocado com veemência no ordenamento francês (assim, JEAN BIGOT, "L'obligation de l'assuré...", cit., p. 371), dada a falta de normas expressas sobre salvamento e reembolso. No âmbito do seguro de incêndio, o art. L122-3 cria um dever de compensação dos danos materiais directamente causados nos bens seguros pelas operações de salvamento – o que configura uma muito grande limitação às circunstâncias em que as perdas patrimoniais determinadas pelo salvamento podem ser recuperadas. Para lá dos seus contornos, vale, quando não haja cláusula contratual expressa a reger a questão, antes de mais o dito

das regras da gestão de negócios seria aqui espúria, quando estamos em face da regulação de uma relação contratual, para a qual há ademais normas especificamente disponíveis, que exprimem uma alocação dos riscos própria do tipo em causa⁹²³. Tal não impede, porém, que, com a devida fundamentação, quando a analogia das situações o justifique, possam ser importados parâmetros de concretização do instituto que rege em geral a restituição na sequência da actuação em defesa de interesses alheios.

O préstimo do enquadramento fornecido pela gestão de negócios é desde logo importante porquanto o dever de reembolso não pode ser compreendido como *puro sucedâneo do dever do segurador de cobrir o dano causado pelo sinistro*. Trata-se aqui de um dever de prestação complementar, que deve ser concretizado à luz da sua própria finalidade. Assim, conquanto seja geralmente descrito como um dever de reembolsar despesas, abarca também o reembolso de outros danos causados pela actuação salvadora⁹²⁴: trata-se, tal como em sede de gestão de negócios, tanto de reembolsar pelas despesas efectuadas, como de reparar os danos sofridos com a intervenção⁹²⁵. Como tal, afectam o conteúdo do dever de reembolso não só os desembolsos efectuados pelo segurado, como as dívidas por este assumidas para

enquadramento na gestão de negócios – que, porém, se entende poder ser barrado por, numa configuração subjectivizada do instituto, faltar ao segurado o ânimo de gestão de negócio do segurador. Como solução residual para a recuperação dos custos em causa vale então o instituto do enriquecimento sem causa. Cfr. JÉRÔME KULLMANN, "Anotação ao ac. da Cour de cassation (1re Ch. civ.) 30 mai 1995", *RGDA*, 3, 1995, disponível em www.lextenso.fr (consultado pela última vez a 03.05.2015), ponto 2).

⁹²² Nessa medida, não parece probante, para afastar a gestão de negócios, a invocação de que se trataria de um "negócio" próprio, e não alheio: conquanto, *quando seja o segurado a actuar o salvamento*, os actos recaiam materialmente na sua esfera material, estes repercutir-se-iam, não fora o regime do salvamento, na esfera jurídica do segurador, alargando o seu dever de prestar ou não impedindo a respectiva constituição.

⁹²³ Cfr. MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., p. 221, em nota, vincando que não se trata de mais do que uma analogia, já que o dever do segurado é-lhe imposto directamente pelas normas legais sobre o contrato de seguro. Assinalando uma certa subsidiariedade característica da gestão de negócios, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "A gestão de negócios: "A Oeste nada de novo?"" , in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Volume III, Direito das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 39-62, pp. 51-53. O autor salienta que a aplicação do regime da gestão de negócios em sede contratual – e isto, mesmo nas hipóteses em que o contrato fosse inválido – levaria a uma duplicação das regras aplicáveis e poderia ser uma via para a evasão à contraparte com que o sujeito escolheu contratar, e aos riscos que aceitou ao fazê-lo.

⁹²⁴ No ordenamento nacional, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Do dever ou ónus...", cit., pp. 14-15; no alemão, HANS MÖLLER, "§ 63", cit., pp. 655 e ss., secundado, vg., por DIRK LOOSCHELDERS, "Rettungspflicht...", cit., pp. 851-852. No ordenamento belga, quanto aos danos corporais, MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., p. 224. Face ao ordenamento francês, enquadrando a questão no instituto da gestão de negócios, já JEAN BIGOT, "L'obligation de l'assuré...", cit., p. 375, entendia que tais medidas, desde que destinadas a evitar ou diminuir as consequências danosas do sinistro, não se encontravam limitadas na sua natureza, modalidades ou amplitude.

⁹²⁵ Art. 468.º, n.º 1, do CC e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, I, cit., pp. 466-467; DIRK LOOSCHELDERS, "Rettungspflicht...", cit., pp. 851-852.

levar a cabo o salvamento – vg., para pagar a intervenção de serviços de reparação urgente – , ou que, face a uma intervenção de terceiros a título de gestão de negócios – vg., quando seja um vizinho a fazer intervir serviços de reparação urgentes⁹²⁶ –, a lei lhe imponha; bem (pelo menos) as despesas atinentes aos danos sofridos na sua pessoa – vg., as despesas de tratamento de queimaduras sofridas a procurar extinguir o incêndio⁹²⁷, – e os danos nos seus bens não segurados – vg., num tapete usado para procurar extinguir o fogo – para levar a cabo as operações.

Este alargamento da natureza do que se tem por despesas reembolsáveis é contrabalançado pela previsão de outros limites ao dever do segurador.

Em primeiro lugar, este dever encontra-se quantitativamente limitado: apenas são reembolsáveis as despesas que, somadas com a prestação seguradora devida, não excedam o capital seguro. O RJCS apenas inverte esta regra de alocação do risco contratual quando o segurador tenha nisso assentido – resultando tal do contrato – ou quando a concreta medida de salvamento for definida pelo segurador – se é este a determiná-la, toma a si o risco da despesa que esta venha a provocar. Passa então a arcar com o risco de a actividade em causa implicar um montante de despesas que, somado com a prestação, supere o capital seguro. No Direito comparado, as posições são, a respeito desta distribuição de riscos, variadas, notando-se uma certa tendência para permitir a recuperação dentro de limites menos estritos, ou mesmo sem limitação, devendo anotar-se que Direito português se encontra entre o grupo que consagra a regra mais protectiva do segurador⁹²⁸.

⁹²⁶ Embora a actividade devida não tenha aqui sido cumprida pelos onerados, ser-lhes-á imputado o seu custo; e, para que se enquadre nos pressupostos da gestão de negócios, a actividade terá sido colimada a evitar a expansão do dano. Como tal, a solução contrária aliviaria injustificadamente o património do segurador, onerando simetricamente o do tomador ou segurado. Cfr., neste sentido, o ac. do BGH no ac. de 20 de Fevereiro de 1991, processo n.º IV ZR 202/90.

⁹²⁷ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Do dever ou ónus...", cit., p. 15, refere-se à reparação de danos pessoais, desde que não desrazoáveis ou desproporcionais. Na Alemanha, é também esta a posição de DIRK LOOSCHELDERS, "§ 83", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 26.02.2011), nm. 10-11, por aplicação das regras da gestão de negócios; mais restritivo, reportando-se apenas às despesas implicadas por tais danos, ROBERT KOCH, "§ 83", cit., pp. 429-430.

⁹²⁸ Contém uma regra similar à nacional o § 83, III, a contrario, da VVG alemã (já assim, o § 63, I, 2, a contrario, da VVG a.F.), bem como o § 63, I, 2, a contrario, da VVG austríaca. Por sua vez, o art. 17, n.º 3, *in fine*, da disposição espanhola deixa dúvidas quando ao facto de os gastos reembolsáveis poderem ter um valor até ao do capital seguro, ou de, para definir o seu limite, se dever somar tais gastos ao valor da prestação a efectuar – neste sentido, que implica que a final o limite máximo para o somatório das prestações a cargo do segurador seja o do dobro do capital seguro, ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ, "Una aproximación...", cit., pp. 97-98; FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Art. 17...", cit., pp. 423-424, não deixando porém de anotar que tal solução poderá ser excessivamente

Ora, fosse o dever de reembolso do segurador um puro *sucedâneo de um dever de prestar que lhe incumbiria não fora a actividade de salvamento causadora de despesas*, nem se veria como poderia tal dever levar o segurador a prestar mais do que o máximo contratualmente estipulado.

A questão não é, porém, tão linear – sob pena de, por uma questão de simetria lógica, inviabilizar resultados prático-normativamente mais adequados. Desde logo, porque tal não é esse o sentido da obrigação de reembolso. Acresce que, no momento da adopção da actividade de salvamento, é *incerta não só a sua eficácia* – pense-se no sujeito que tenta extinguir um incêndio sem sucesso, que se submete a uma cirurgia urgente sem sucesso... –, como muitas vezes a *extensão final dos custos por ela implicados* – pense-se, vg., no sujeito que invade terreno alheio para ir buscar uma mangueira para combater um incêndio, só depois se apercebendo que as culturas que destruiu no processo eram de plantas raras; ou no sujeito que se submete a uma cirurgia urgente que se vem a mostrar muito mais complexa e dispendiosa do que o suposto. Com a limitação quantitativa operada pela norma

prejudicial aos seguradores (simetricamente, JOAQUIN GARRIGUES, *Contrato...* cit., p. 169, parece defender o oposto, lamentando porém a duvidosa equidade do favorecimento do segurador que assim se opera). A questão surge clarificada no art. 581-16, n.º 4 do *Anteproyecto Cod. Merc.*

No Direito italiano, o reembolso abarca, na proporção entre a o capital seguro e o valor da coisa ao tempo do sinistro, todas as despesas efectuadas, desde que não inconsideradamente, ainda que, em conjunto com o montante dos danos, excedam o capital seguro (1914. CC); e foi também esta a solução adoptada nos PEDCS (art. 9:102, n.º 2). Foi igualmente esse o sentido inicial da Proposta de Directiva de 1979, prevendo uma ausência de limites para o montante das despesas reembolsáveis (art. 8., n.º 2); já na versão final, e na sequência da intervenção do Parlamento, passou a prever-se um regime dual. Aqui, quando o tomador exercesse uma actividade industrial ou comercial e o contrato cobrisse um risco relativo a essa actividade, *as despesas reembolsáveis não poderiam, quando somadas ao montante da indemnização, exceder o valor do capital seguro*. Quando o tomador a não exercesse, não haveria qualquer limitação do montante do reembolso (art. 7., n.º 2). Note-se que, na doutrina nacional, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 207, aplaudia, por referência à norma italiana, a falta de limite quantitativo às despesas realizadas, desde que fundamentadamente, por se tratar de actividade adoptada em benefício do segurador; defende assim, *de iure condendo*, ser de adoptar regulação idêntica, também, neste ponto de regime, de cunho imperativo.

No ordenamento belga não haveria, *prima facie*, limite às despesas recuperáveis; mas, por força de Decreto Real, acabam por valer limites idênticos aos colocados pela lei portuguesa. Com efeito, permite-se, na al. 2) do art. 106. – como já se permitia no seu antecessor directo –, que (salvo no tocante ao seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel) o Rei estabeleça por Decreto limites às despesas reembolsáveis. Foi o que ocorreu por Decreto Real de 24 de Dezembro de 1992, alterado por Decreto Real de 29 de Dezembro de 1994, num texto que a doutrina tem por mal redigido (MARCEL FONTAINE, *Droit...*2010, cit., p. 223) Assim, face aos seguros de responsabilidade, o capital seguro acaba por ser o limite máximo, por seguro e por sinistro, para o somatório do valor da indemnização com o das despesas havidas. As partes podem porém acordar no plafonamento a certos montantes das despesas de salvamento recuperáveis, desde que tais montantes ultrapassem o capital seguro (§ 1.º). O significado da regra que vale quanto aos seguros de coisas não nos é inteiramente claro: literalmente, parece limitar as despesas recuperáveis – literalmente, só estas, e já não o somatório com o valor da prestação devida face ao risco seguro, conquanto JEAN-LUC FAGNART, *Le contrat...* cit., p. 151, se refira também aqui ao somatório – ao capital seguro, permitindo porém que sejam plafonadas a um valor máximo.

nacional, coloca-se, até a esse montante, a cargo do segurador o risco da ineficácia da medida; mas já *corre por conta do segurado o risco de a extensão final dos custos implicados pela medida ser superior à diferença entre o valor da prestação e o capital seguro*. É importante insistir neste ponto: claro está que, *ex post*, o segurador preferiria sempre arcar com uma perda total do que com o custeio de despesas que a superassem; mas a questão aqui é a da distribuição de um risco – portanto, de uma situação de incerteza. Pode, pois, legitimamente argumentar-se que, tendo tal actividade potencial de avantajamento do segurador, deveria ser ele a arcar com os seus resultados, não só quando se venham a mostrar favoráveis (medida revela-se eficiente na redução do dano e de custo baixo), como quando se venham a mostrar desfavoráveis (medida ineficiente e a final de custo elevado).

Encontramos, em suma, em apoio de uma maior generosidade no reembolso, o argumento da dificuldade da decisão que assim recai sobre o segurado, já que é um dado económico fundamental para a tomada de uma decisão racional o de saber até que ponto é que as despesas estão cobertas⁹²⁹.

Apesar de discutível, no plano da política legislativa, na sua severidade, a opção nacional parece legítima. Não nos parece decisivo o argumento de que um regime de reembolso quantitativamente ilimitado fosse necessariamente uma ameaça à sustentabilidade dos seguradores – as despesas recuperáveis permaneceriam *qualitativamente limitadas*, podendo o seu cômputo ser enquadrado nos cálculos do segurador; de resto, apontava-se que, nos países onde aquele regime valia, não se tinham verificado aumentos significativos dos prémios⁹³⁰. Tal traria

⁹²⁹ Entre nós, crítico, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Do dever ou ónus...", cit., pp. 17-18. Como em texto, RUDOLPH GÄRTNER, "L'obligation...", cit., pp. 436-437, salientando que a limitação das despesas recuperáveis colocaria o segurado entre dois gumes: se optasse por não intervir, incorreria em violação do dever de afastamento e mitigação; se adoptasse medidas conformes ao dever, corria o risco de ter que as suportar ele próprio. No fundo, se não interviesse, perderia a garantia do seguro, por incumprimento dos deveres de afastamento e mitigação; se interviesse e com tal incorresse em despesas que ele próprio tivesse que suportar, poderia não ficar numa situação muito diferente da perda de garantia. Também MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., p. 222: seria inconveniente levar o segurado a hesitar quanto à adopção de determinada apropriada, por temor de que não fosse reembolsada.

⁹³⁰ RUDOLPH GÄRTNER, "L'obligation...", cit., pp. 436-437; Jean Boumal *in* AA.VV., "Compte rendu des discussions relatives au troisième thème, L'obligation de l'assuré de prévenir ou d'atténuer le dommage et la charge qui s'y rapporte", *in* *L'harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la C.E.E. Harmonization of insurance contract law in the E.E.C. Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts in der E.E.G.*, Établissements Emile Bruylant, Bruxelas, 1981, pp. 476-496, p. 483, considerava técnica e financeiramente exequível a ausência de limite, tudo se tratando de uma questão de adaptação dos prémios cobrados. Não parece decisivamente dissuasor um exemplo como o referido por Pierre Rousselle *in* AA.VV., "Compte rendu...", cit., pp. 489-490, atinente ao caso da reclamação de 45 milhões de francos correspondentes ao resgate pago pelo pai de

consigo, isso, sim, uma componente acrescida de incerteza, com o conseqüente encarecimento dos prémios cobrados.

Decisivo é, antes, avaliar da justeza daquela distribuição do risco inerente aos custos do salvamento. A posição do segurador perante o sinistro não é paralela à de um lesante-causador, não lhe impondo que responda a *título de um qualquer princípio de reparação total do dano causado*. A sua posição perante o sinistro é, sim, de devedor da *prestação contratualmente acordada*; e vimos que é em atenção a esta que se impõem deveres de salvamento à contraparte ou segurado. Compreende-se, assim, que não se aloque ao segurador um risco superior *ao risco máximo que este acordou suportar nos termos do contrato*; sendo o limite aqui colocado, não se poderá falar da frustração de expectativas diversas por parte de quem suporta as despesas.

Este limite, e a protecção de que assim se dota o segurador, *não poderá porém deixar de ser tido em conta na concretização quer da diligência exigível ao segurado* (dos "meios ao seu alcance"), *quer dos demais limites ao reembolso das despesas*. Na interpretação deles deverá ser contrabalançada a severidade deste tecto ao reembolso.

Com efeito, não se pode dizer que o limite quantitativo ao reembolso não altera a actuação do segurado, porque o grau de diligência possível depende dos meios disponíveis para a financiar – mais ainda, quando o custo final das medidas é incerto. Assim, o resultado da existência deste limite terá que ser, desde logo, *o abaixamento da exigência quanto ao que se entende ser o cumprimento do dever, quando as medidas em causa impliquem perdas patrimoniais significativas* – vg., sacrifício de outros bens, contratação de equipas especializadas⁹³¹.

Ora, o RJCS determina que as despesas reembolsáveis terão que ser razoáveis e proporcionadas. Não se exige, ao contrário do que ocorre face à lei belga, que tais medidas sejam urgentes (art. 106., al. 1), da LA). E, decisivamente, não se exige que tais medidas tenham efectivamente sido eficazes (127.º, n.º 1, do RJCS). Os dois

uma criança sequestrada, ao segurador de um seguro escolar para o caso de morte com capital de 100000 francos. Mesmo que fosse de ter tal despesa sequer como reembolsável, face ao escopo de protecção do art. 14.º, n.º 1, b), do RJCS, nem estaríamos aqui perante um dos casos para os quais o regime legal do salvamento, que está aqui em debate, vem pensado – fora do seguro de acidentes pessoais, este não se aplica a riscos de vida. Concede-se, porém, que os limites qualitativos às despesas reembolsáveis não parecem ser barreira eficaz à recuperação de tais montantes.

⁹³¹ Sem tecer um raciocínio inteiramente paralelo ao expandido em texto, HANS MÖLLER, "§ 63", cit., p. 665, considera que, na prática, o juízo de apuramento da exigibilidade da despesa vem facilitado por tal limite quantitativo.

parâmetros que guiam o juízo sobre o reembolso das despesas devem, pois, ser objecto de uma apreciação *ex ante*: trata-se de saber se, no momento da respectiva adopção, do ponto de vista de um *segurado minimamente diligente*, apareciam como *razoáveis e proporcionais*⁹³². Esta óptica impele o intérprete a não perder de vista que se tratará, em muitos casos, de uma *avaliação feita em contexto de urgência*.

Este juízo de avaliação *ex ante* tem por objecto as condutas que corporizam a acção de salvamento, não podendo o respectivo critério de avaliação partir de uma base diversa da que vale aí. O referente é, porém – e bem – diverso do que vale em sede de salvamento. Neste último caso, trata-se de avaliar a diligência exigida ao segurado ou tomador *na adopção de medidas do ponto de vista do necessário a prevenir ou limitar os danos*; no que concerne ao reembolso das despesas, trata-se de avaliar a sua *diligência na escolha de medidas face à dimensão da despesa implicada*. Tendo referentes diversos, os dois parâmetros bifurcam-se: de um lado, curamos da diligência exigível ao sujeito na adopção de medidas – que muitas vezes implicam a realização de despesas –, sob pena de se afrontar o seu direito à prestação. Do outro lado, curamos da identificação das despesas que não têm porque

⁹³² Enfatize-se este enraizamento num juízo de diligência, exactamente porque se trata de ajuizar sobre um juízo *ex ante*, e não de operar uma comparação *ex post*. Na avaliação deste parâmetro de diligência, considera-se actualmente, nos ordenamentos alemão e austríaco (cfr. HANS MÖLLER, "§ 63", cit., p. 661; WOLFGANG VOIT, "§ 83", *Pröls/Martin Kommentar*, C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 05.04.2011), nm. 7 e doutrina aí citada; ROBERT KOCH, "§ 83", cit., pp. 436-437; ANDREAS VONKILCH, "§ 63", in *Versicherungsvertragsgesetz*, ATTILA FENYVES/MARTIN SCHAUER (coord.), Verlag Österreich, Viena, 2014, pp. 53-68, pp. 63-64), de modo maioritário, que apenas se poderá recusar o reembolso quando tenha havido negligência grosseira na avaliação da despesa por parte do segurado. A *ratio* é, desde logo, a de evitar uma contradição valorativa: considera-se que, se se permite a cobertura mesmo das consequências de um sinistro negligentemente causadas ou não minoradas, não poderá depois vir recusado o reembolso de despesas cuja desadequação seja devida a mera negligência simples. Acresce o argumento, apontado por ANDREAS VONKILCH, "§ 63", cit., p. 64, segundo o qual o segurado não é livre de actuar ou deixar de o fazer, estando, no momento da adopção das medidas, sob a pressão de dar cumprimento ao dever de salvamento. Também no ordenamento italiano, face ao modo como a lei (art. 1914.º, n.º 2) traça o limite ao reembolso – rejeitando-o face às despesas feitas "inconsideratamente" – o parâmetro é tradicionalmente concebido com certa largueza, dado o contexto de urgência em que ocorre a avaliação da razoabilidade por parte do actuante. São aí tidas como razoáveis todas as despesas correspondentes a meios que *se não revelem patentemente desadequados* para prevenir ou limitar os efeitos do sinistro. Cfr. SAVERIO TOFFOLI, "§ 33", in *Le assicurazioni, L'assicurazione nei codici, Le assicurazioni obbligatorie, L'intermediazione assicurativa*, ANTONIO LA TORRE (coord.), Dott. A. Giuffrè, Milão, 2007, pp. 206-216, p. 210, dando conta de que apenas são recusadas despesas feitas sem critério, claramente inúteis, inadequadas ao escopo ou desproporcionadas. Assim, face ao parâmetro do carácter não "inconsiderato" das despesas, ANTIGONO DONATI, *Trattato...II*, cit., p. 419, considera-as reembolsáveis desde que não sejam de evidente inutilidade. De modo não isento de dúvida, parece-nos que o parâmetro deva ser levado para a bitola da negligência grosseira, procedendo, na apreciação de tal juízo *ex ante* sobre a adequação da despesa, benevolência igual à que convocámos a propósito da actuação minoradora do dano, já que a decisão de incorrer nas despesas a integra.

ser apenas as minimamente exigíveis para cumprir com a diligência necessária⁹³³: trata-se aqui das despesas que servem objectivamente a contenção ou prevenção do dano, e que, repercutindo-se beneficentemente sobre a prestação do segurador, não só não afectam o direito a esta, como acrescem à sua percepção. Como tal, rebaixar o critério da recuperabilidade dos montantes despendidos até o fazer corresponder apenas às despesas exigíveis, sob pena de infracção da diligência devida, seria *transferir indevidamente para o segurador a vantagem da contenção do dano custeada pelo segurado*.

Os critérios do juízo são, como vimos, o da razoabilidade e o da proporcionalidade da medida. Presumindo um sentido útil do uso dos dois qualificativos, deverá ser atribuído à razoabilidade um sentido qualitativo, reservando o juízo quantitativo para a proporcionalidade.

Ora, o sentido destas despesas é, como começámos por ver, o de conter a prestação que o segurador pode ser chamado a efectuar nos termos do contrato. Pelo que só poderão ser reembolsadas despesas *que razoavelmente pudessem diminuir as consequências do sinistro*. Basta, pois, que as despesas sejam atinentes a medidas *que pudessem, em abstracto, ter aptidão para tal*: estamos perante um juízo de probabilidade de obtenção de dado resultado⁹³⁴. Lembre-se, porém, que tal aptidão deve ser avaliada do ponto de vista de um segurado em face das solicitações concretas: um contexto de urgência levará a um juízo mais brando.

Por sua vez, o requisito da proporcionalidade postula um sentido quantitativo: trata-se aqui de uma ideia de justa medida face, como diremos já de seguida, ao valor do dano potencial⁹³⁵.

Num sistema como o nosso, o parâmetro de controlo não deverá ser o do valor do capital seguro. Valendo este à partida como limite máximo do desembolso do segurador, tal seria incorrer numa dupla valoração, reforçando os efeitos de uma barreira já de si severa; o valor do capital seguro deve simplesmente valer como

⁹³³ Similarmente, WOLFGANG VOIT, § 63, cit., nm. 7; DIRK LOOSCHELDERS, § 83, cit., nm. 18.

⁹³⁴ DULCE LOPES, *O princípio da proporcionalidade no Direito comunitário, Uma perspectiva de controlo*, s. ed., Coimbra, 2003, pp. 17-18.

⁹³⁵ Aplicar o teste de proporcionalidade, ao modo tríplice com que é aplicado no Direito público – e cuja transponibilidade para o Direito privado é limitada (para um exemplo, em articulação com o princípio da igualdade, na aplicação da proibição da discriminação JOÃO CALVÃO DA SILVA, "Apólice "Vida Risco – Crédito Habitação": as pessoas com deficiência ou risco agravado de saúde e o princípio da igualdade na Lei n.º 46/2006", *RLJ*, 2007, pp. 158-170, pp. 165 e ss.) –, não seria aqui de todo adequado. Desde logo, porque o reembolso não se escora num contexto de sacrifício de um direito do segurador, mas sim no facto de se levar a cabo uma actuação no seu interesse. O contrário desembocaria aliás num esvaziamento do direito, face à complexidade dos juízos de necessidade.

limite máximo do reembolso. O parâmetro de controlo deve residir, parece-nos, no *valor do dano potencial*⁹³⁶. Tal implica que, de uma perspectiva *ex ante*, perante uma decisão em contexto de incerteza, o dano cuja produção se evita com a medida não deva aparecer menor do que os custos implicados com a medida.

Em qualquer caso, parece consentâneo com as valorações legais e as exigências práticas destes quadrantes um juízo como o de MÖLLER, que arreda juízos de tudo-ou-nada, considerando que uma despesa desrazoável ou desproporcionada não tem que levar a uma exclusão total do reembolso, devendo haver lugar a uma adaptação flexível das consequências⁹³⁷.

Saliente-se, por último, como JÚLIO GOMES o faz entre nós, que, ainda que uma medida fosse à partida desrazoável, caso *ex post* se venha a revelar eficaz, mostra-se justo conceder uma pretensão restitutória ao segurado, a exercer contra o segurador, a título de enriquecimento sem causa, já que este último sempre se avantajou à custa dos meios do primeiro⁹³⁸.

g. Em especial: o salvamento e o reembolso nos seguros de acidentes pessoais e de saúde

Nos termos do art. 211.º, n.º 2, do RJCS, o disposto em matéria de salvamento e reembolso de despesas aplica-se, com as necessárias adaptações, aos seguros de acidentes pessoais. Idêntica remissão não surge em sede de seguro de saúde. Tal não impede, como veremos na Parte V, que o contrato de seguro de saúde venha depois prever essas exigências de conduta⁹³⁹. A falta de simetria causa alguma

⁹³⁶ Similarmente, MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., p. 222 refere-se a uma proporcionalidade face aos efeitos potenciais do sinistro. Reporta-se a um juízo de proporcionalidade face ao dano potencial também DIRK LOOSCHELDERS, § 83, cit., nm. 20 (o autor refere-se aí, porém, a um teste de necessidade que nos parece duvidoso neste contexto); já antes, na linha do que se diz de seguida em texto, referindo-se a um juízo de proporcionalidade entre as medidas e o seu resultado, HANS MÖLLER, "§ 63", cit., p. 661, hoje secundado por ROBERT KOCH, "§ 83", cit., pp. 434-435. Veja-se ainda o art. 17.3 da LCS, que determina que os gastos sejam oportunos e proporcionais aos bens salvados.

⁹³⁷ HANS MÖLLER, "§ 63", cit., p. 661.

⁹³⁸ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Do dever ou ónus...", cit., p. 15.

⁹³⁹ A questão coloca-se simetricamente no ordenamento alemão, onde a lei determina a aplicação do regime do salvamento nos seguros de saúde com carácter indemnizatório e a omite nos seguros de acidentes – ressurgindo, porém, nas AVB, exigências de conduta que são expressão do regime do salvamento, como a de acatamento das prescrições médicas. Cfr. 7. e 8. das AUB 2014 e DIRK LOOSCHELDERS, "Rettungspflicht...", cit., p. 843. No ordenamento italiano, a resposta a dar à questão ressent-se das querelas em torno da natureza jurídica do seguro de acidentes, variando em conformidade as respostas dadas pelos autores. Assim, relativamente ao seguro de acidentes, para a doutrina maioritária que sustenta tratar-se aqui de seguros de danos, vale directamente a norma que

perplexidade, pensando que o contexto de prestação urgente de cuidados de saúde que é centralmente tido em vista pela regulação do salvamento nesta sede se pode colocar também em relação aos seguros de saúde⁹⁴⁰. Fundamentá-lo implica precisar o referente da actuação mitigadora em sede de seguros de saúde, o que faremos antes de prosseguir.

No caso dos seguros que reembolsam despesas ou concedem prestações, é difícil a separação entre o âmbito do salvamento e o da própria fruição da prestação, já que as actuações colimadas à minoração de um dano na saúde corresponderão em grande medida ao recurso a cuidados de saúde – que é o risco garantido pelo contrato. Tal como vimos a propósito da necessidade de separação entre a noção de sinistro nesta sede e o referente da causação dolosa, cumpre também aqui separar, afirmando o estado de saúde da pessoa segura – e não a utilização de cuidados de saúde – como referente adequado do regime do salvamento. Considerar que o salvamento tinha por objecto a *minoração de um dano entendido como despesa*, e

impõe o dito dever de salvamento. Mesmo acompanhando-se a tese de Fanelli, este resultado não se altera relativamente às prestações pactuadas para o caso de morte acidental (GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata...* cit., p. 121, onde o autor revê a sua posição anterior a este respeito; concedendo que possam surgir dúvidas a propósito do bem fundado da aplicação do regime do salvamento nesta sede, sublinha que na prática as apólices as consagram). A resposta tradicional da jurisprudência é no sentido de considerar o seguro como de capitais o seguro de acidentes em que a prestação não venha determinada pelo nível de rendimento do segurado, com a conseqüente negação da vigência dos regimes do salvamento e reembolso – cfr. SAVERIO TOFFOLI, "§ 33", cit., pp. 213-214. Considerando que estes regimes valem tanto para o seguro de acidentes, como para o seguro "contro le malattie", MARCO ROSSETTI, *Il diritto...II...* cit., pp. 609 e 628-629. Face a outros ordenamentos – é o caso do brasileiro (apesar das profundas diferenças de regime entre o actual 771. do CC e o art. 73 do PL 3555/04, o alcance geral do dever mantém-se) e do espanhol (17. da LCS) – à norma é atribuído um alcance principialmente geral. Porém, no ordenamento espanhol, o regime do salvamento e reembolso é objecto de uma modelação especial em sede de seguros de acidentes pessoais e de saúde. Nos termos do art. 103.º da LCS, o segurador, no seguro de acidentes e também, por remissão, nos seguros de saúde e assistência sanitária (art. 106.º), encontra-se obrigado a suportar os custos com as despesas de saúde de carácter urgente, ainda que o dito seguro não cubra gastos de saúde. É difícil perceber a disposição nos quadros de um sistema onde a cobertura pública é universal. Tal não obsta a que a jurisprudência civil interprete de um modo lato o conceito de "urgência vital" que se entende estar aí subjacente, considerando que esta ocorre sempre que haja perigo para a integridade fisiológica do doente (FRANCISCO JAVIER TIRADO SUÁREZ, "Experiencias en la aplicación de las normas relativas al seguro de personas", *RES*, 123-124, 2005, pp. 813-827, pp. 822-823). Estas considerações valem também para o Anteprojecto de Código Mercantil. O art. 17. da LCS é retomado, com as precisões que vimos atrás, pelo art. 581-16; e, por seu turno, o art. 103 é literalmente retomado pelo art. 583-26; e o art. 106. pelo art. 583-29. Este acrescenta, porém, uma disposição que pode interferir com a compreensão da aplicação do regime aos seguros de saúde: o art. 583-28, n.º 3, nos termos do qual quando o seguro de saúde garanta o recebimento de assistência sanitária, não poderão aplicar-se exclusões temporais ou períodos de carência àquelas intervenções sanitárias compreendidas no objecto e limites do contrato de que, pela sua urgência e gravidade, o segurado precise com carácter imediato.

⁹⁴⁰ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., pp. 401-402, defende a previsão expressa, mesmo com carácter imperativo, do dever de salvamento em sede de seguros de acidentes pessoais ou de doença, do dever de salvamento, que entende não aplicável à generalidade dos seguros de pessoas, mas cuja aplicação era aqui imposta pelo interesse público.

não de um dano na saúde, produziria o resultado inadmissível de limitar o sujeito, exactamente nas situações em que este cumpre os pressupostos para aceder aos cuidados de saúde a que, nos termos do contrato, tem direito, ao acesso às prestações de menor custo e, como tal, tendencialmente de menor qualidade. Ora, nestes seguros, que assentam sobre a voluntariedade do uso de um serviço e mesmo no fornecimento do acesso a uma vasta gama de prestadores ligados, não há um dever geral de *manutenção dos custos a um mínimo*. O controlo destes dispêndios deve intervir, sim, através do parâmetro da boa fé, mas no *limite superior*, quando o accionamento dos cuidados for desproporcionado.

Tanto o seguro de saúde como o seguro de acidentes se colocam, de resto, perante idêntico pano de fundo. Reportam-se ambos a sinistros dilatados no tempo, mantendo-se o dever de mitigação enquanto se desenvolverem as consequências do sinistro⁹⁴¹. E, em ambos eles, porquanto as medidas mitigatórias tendencialmente contendem com opções de estilo de vida e liberdade pessoal do segurado, mostra-se delicada a transposição do regime do salvamento; por outro lado, os incentivos ao agravamento do dano estão aqui diminuídos face aos contra-incentivos atinentes ao carácter pessoal dos bens em causa.

A possibilidade de erupção de comportamentos oportunistas coloca-se, porém, face a qualquer dos quadrantes⁹⁴² – sobretudo face aos seguros que garantam prestações pré-determinadas, pagas em função de certos graus de incapacidade⁹⁴³. E, em qualquer dos casos, não poderão deixar de intervir os parâmetros da ordem pública, dos bons costumes e da boa fé, travando os direitos do segurado que tenha actuado com dolo e intenção de percepção de uma vantagem. Aquém destes casos extremos, tudo está em saber qual a diligência exigível a um parceiro contratual – e se ela deve ser concretizada face ao seguro de acidentes pessoais com vista à implementação do parâmetro legal, poderá decorrer também directamente da boa fé face aos seguros de saúde⁹⁴⁴. A concretização deste parâmetro deve ser executada

⁹⁴¹ HANS MÖLLER, "§ 62", cit.

⁹⁴² Novamente, EBERHARD HILDEBRAND/KLAUS HITZER/KLAUS PÜSCHEL, *Simulation...* cit., pp. 73 e ss., salientando que, para além da casuística que chega aos tribunais e às perícias médico-legais, é de presumir cifras elevadas de auto-lesão fraudulenta não detectada (p. 115).

⁹⁴³ Perante seguros de carácter indemnizatório, tais incentivos serão mesmo geralmente residuais: tratar-se-ia então de o sujeito deixar agravar um problema de saúde com o fito de ver financiados cuidados de saúde mais caros, mas necessários exactamente apenas face a esse estado agravado, em que de outro modo se não encontraria.

⁹⁴⁴ Assim, KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., p. 119, face à questão simétrica que se levanta no

de modo a *garantir a utilidade da cobertura* – o que exige a sua conciliação com a tutela de outros valores caros ao ordenamento, com destaque para a protecção da liberdade pessoal do segurado, que este legitimamente esperará ver prosseguidos. Estamos, pois, no mesmo terreno pisado a propósito da concretização do standard de segurança face aos bens seguros pressuposto no contrato, que analisámos em sede de causação dolosa do sinistro. Como vimos aí, a anteposição desta bitola, separando condutas conformes das condutas desconformes ao contrato, permitirá ter por cobertos comportamentos que são de atentado, com dolo eventual, contra os bens ameaçados pelo risco.

Em qualquer caso, sublinhamos que as típicas medidas de salvamento que se colocam em sede de acidentes pessoais, medidas também elas de preservação da saúde da pessoa segura que são, colocam questões idênticas às que se colocariam em sede de seguros de saúde. Pelo que as considerações que tecermos nesta sede são transponíveis para esse âmbito.

Sistematizando alusões feitas acima, começemos por estabelecer o âmbito de vigência dos regimes do salvamento e reembolso em relação a seguros de acidentes pessoais. Poder-se-ia questionar desde logo se vigoram de plano, ou apenas em relação aos seguros de acidentes pessoais praticados com carácter indemnizatório, dada a inserção sistemática dos arts. 126.º e 127.º, para onde se remete. Porém, *dependendo a amplitude do dever do segurador*, mesmo no caso dos seguros de acidentes pessoais praticados como seguros de capitais, *da gravidade do dano corporal*, procederão por inteiro as razões dos regimes do salvamento e reembolso – o princípio da boa fé ergue-se mesmo em suporte desse resultado⁹⁴⁵.

A aplicação do regime do salvamento nesta sede impõe, fundamentalmente, o

ordenamento alemão, afirma que vale mesmo em geral, face ao seguro de acidentes, uma obrigação de minoração de danos, por força do princípio da boa fé (§ 242 BGB). A via da aplicação directa das disposições legais previstas para a categoria dos seguros de danos, nos casos (menos comuns) em que o seguro de acidentes fosse praticado como tal, parece-lhe mais problemática – KENT LEVERENZ, "Vorbemerkungen zu § 178...", cit., pp. 18-19.

⁹⁴⁵ MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., p. 220, considera que a lei belga andou mal ao restringir os regime do salvamento e reembolso aos seguros de natureza indemnizatória. É equivocado excluir a aplicação destes regimes aos seguros de acidentes que sejam seguros de capitais, já que também aí há um interesse social na incidência destes regimes e mesmo aí faz sentido permitir ao segurado recuperar as despesas; e, em caso de violação dos deveres, não se vê porque não sejam aplicadas as consequências previstas para a violação destes deveres. HÉLÈNE DE RODE, *Le contrat...*, cit., p. 80, referindo que o princípio funda a aplicação do regime a todos os seguros de capitais – sem introduzir portanto a precisão que fazemos em texto, e sem a qual não vemos como se possa fundar correctamente a intervenção da boa fé.

recurso tempestivo a terapias que impeçam a morte ou o agravamento da incapacidade⁹⁴⁶. A este respeito, o debate centra-se na determinação do tipo de tratamentos a que é exigível que o segurado se submeta, com protagonismo para a questão da *sujeição a intervenções cirúrgicas*. A questão tem sido particularmente debatida na esfera alemã. Considera-se equivocada a aplicação nesta sede de um critério objectivizado, que medisse a actuação daquela pela que seria a de um paciente razoável que não dispusesse de cobertura seguradora. A jurisprudência dos tribunais superiores tem sobretudo relevado o facto de estarem em causa decisões que põem em causa direitos de personalidade do segurado, com protecção constitucional (art. 1, II, 1, GG), não se podendo esperar da parte deste um comportamento padronizado e idêntico ao de um membro razoável do seu círculo negocial. Com tudo isto, o juízo de exigibilidade *subjectiviza-se para deixar entrar factores pessoais atinentes ao segurado* – factores estes que podem levar a taxar-se de inexigível a sujeição a uma intervenção objectivamente simples, segura e oferecendo bons prognósticos⁹⁴⁷.

Trata-se de considerações que encontram eco directo nas valorações jurídico-constitucionais subjacentes ao nosso sistema jurídico, onde se reconhece a liberdade pessoal e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (arts. 1.º, 25.º, n.º 1, e 26.º, n.º 1, da CRP), merecendo por isso idêntico acolhimento⁹⁴⁸. Deve, pois,

⁹⁴⁶ MARCO ROSSETTI, *Il diritto...II...* cit., p. 609. Não se pode, pois, aceitar a argumentação simplificada de JEAN BIGOT, "L'obligation de l'assuré...", cit., p. 373, que rejeita de plano a incidência do dever de salvamento no âmbito do seguro de acidentes, já que tal teria por corolário o dever de aceitar os tratamentos propostos pelo segurador, cujo incumprimento seria sancionado, o que feriria profundamente a liberdade de tratamentos. Aqui, como na generalidade dos âmbitos de interferência com direitos de personalidade, trata-se, sim, de proceder a ponderações.

⁹⁴⁷ Assim, DIRK LOOSCHELDERS, "Rettungspflicht...", cit., p. 844, considera transponíveis para esta sede o juízo dos tribunais superiores quanto à exigibilidade da sujeição a intervenções cirúrgicas por parte do lesado, em sede de contribuição deste para o dano. Ora, aí considera-se que, ainda que, de acordo com o estado da medicina, a intervenção seja simples, sem riscos e não comporte dores particulares, oferecendo pelo contrário perspectivas seguras de cura ou de melhoria significativa – caracteres que raras vezes aliás se reúnem –, o afectado por ainda assim alegar que, por motivos pessoais, a sujeição à intervenção não lhe é exigível. Já assim, HANS MÖLLER, "§ 62", cit., p. 642. Veja-se ainda o ac. do BGH, de 17. 10. 1990, IV ZR 178/89 (KG), salientando, por invocação do parâmetro da exigibilidade, que deve permanecer uma decisão pessoalíssima do segurado o submeter-se ou não à intervenção (estava em causa a aplicação de uma prótese de articulação); em sede de culpa do lesado mas com raciocínios aqui invocados, cfr. ainda o ac. do BGH 15.03.1994, VI ZR 44/93, sublinhando que o juízo de exigibilidade está para lá da mera aferição das possibilidades de sucesso da intervenção (havia no caso 90% de probabilidades de sucesso dela). JAN BOETIUS, *Private...* cit., pp. 138-139, considera que, para evitar contradições valorativas relativamente à limitação do relevo da causação do sinistro às hipóteses de dolo (§ 201 VVG), deve também requerer-se aqui que a conduta seja dolosa.

⁹⁴⁸ Assim, na doutrina nacional, refere-se expressamente aos critérios relatados por Looschelders JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Do dever ou ónus...", cit., p. 4; muito antes, em sede de culpa do lesado, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Conculpabilidade...", cit., p. 152, considerava que os

atender-se não à diligência de um segurado abstracto, mas às *circunstâncias do concreto segurado*: tal perpassa em qualquer caso a mobilização nesta sede do critério da negligência grosseira, mas ganha aqui especial acuidade na determinação do que é ainda *exigível ao segurado* – devendo aí ser tidas em conta em considerável medida as suas sensibilidades pessoais⁹⁴⁹.

O facto de aqui o dano afectar bens da personalidade do segurado levanta também questões na densificação dos parâmetros que guiam a recuperabilidade das despesas. Assim, na concretização do juízo de proporcionalidade deve interferir a *gravidade do ferimento, em si, bem como aferida em relação à sua aptidão para comprometer a actividade profissional, na medida em que estes parâmetros relevem para determinar a prestação do segurador*⁹⁵⁰⁻⁹⁵¹. Assim, vg., o recurso a serviços

factos de a operação não ser muito dolorosa nem perigosa, de haver seguras probabilidades de produção de melhoras significativas e de o lesante a custear seriam apenas condições mínimas para ajuizar da razoabilidade da conduta do lesado. Saliente-se que o relevo da liberdade pessoal nesta sede se prende com o reconhecimento de um *direito do paciente à autodeterminação nos cuidados de saúde*, que tem estado na base de uma progressiva juridificação da relação médica, em que o consentimento informado para o acto médico tem desempenhado um papel pivot – sobre esta evolução, GUILHERME OLIVEIRA, "O fim da "arte silenciosa", (O dever de informação dos médicos)", *in Temas de Direito da medicina*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 91-100, *passim*.

⁹⁴⁹ Não andam distantes as considerações de LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., considerando que o segurado apenas poderia recusar-se a uma intervenção cirúrgica que apressasse a cura quando o êxito desta ou a sua oportunidade fosse duvidosa, ou *quando fosse de concluir que o segurado também a recusaria se não estivesse segurado* – conquanto este parâmetro continue a não se mostrar inteiramente probante, já que, como veremos de seguida, a contratação do seguro cria a expectativa legítima de ampliação do leque das respostas financeiramente possíveis para obviar ao dano. Cfr. p. 601, onde o autor profere aquelas afirmações relativamente ao seguro de acidentes, e p. 602, onde a ideia aflora também em sede de seguros de saúde, considerando o autor, de modo mais severo, que o segurado, logo que adoece, deve sujeitar-se a um rigoroso tratamento.

⁹⁵⁰ Não procede, por isso, a objecção dirigida por alguns autores (em geral, PIERRE VAN DER MEERSCH, "Obligation de l'assuré...", cit., pp. 456-457; face ao bem da autonomia pessoal, atinente ao risco coberto pelo seguro de dependência, PABLO MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro...* cit., p. 165) segundo a qual não se poderia transpor o juízo de proporcionalidade (para Van der Meersch, seria a transposição do próprio regime do salvamento e reembolso a estar em causa) para os âmbitos em que estivessem em causa bens da personalidade, já que nessa sede, os interesses do segurado e do segurador não seriam mutuamente comparáveis: enquanto que o interesse do segurado na conservação da sua pessoa seria ilimitado, o interesse do segurador no não pagamento da prestação segura seria limitado. Porém, rejeitar o alargamento do dever de reembolso de despesas a outros conjuntos de seguros com base na eventual incidência de outros interesses do segurado, de difícil quantificação, sobre o bem seguro, é raciocínio que não parece aceitável. Desde logo, porque não está aqui em causa ponderar o valor de um bem da personalidade com uma despesa, mas ponderar sim com ela a gravidade potencial de uma lesão, conforme tida em conta pelo contrato, mormente face à sua capacidade de afectação de interesses patrimoniais do segurado.

⁹⁵¹ A questão da razoabilidade e proporcionalidade da despesa tem sido muito debatida na esfera alemã, a propósito dos "Dispositionsfälle", no âmbito da contribuição do lesado para a produção do dano: ou seja, os casos em que esta contribuição constitui no facto de o lesado aumentar o dano através de despesas desproporcionais destinadas à restauração do estado indemne (sobre o tema, DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., especialmente pp. 459-461 e 466-468). Repise-se que o paralelo não é directo, já que o tema que nos prende não é o da "culpa do lesado":

dispendiosos de uma clínica especializada para tratar lesões que sejam patentemente meras equimoses peca por desproporcional. Já não o faz a sujeição, num quadro de urgência, a uma intervenção cirúrgica levada a cabo por um cirurgião de renome, face a um ferimento sério numa mão sofrido por um pianista, quando a prestação seguradora se co-determine pela afectação da actividade profissional do segurado.

Não há, por outro lado, porque considerar ilegítima a conduta da pessoa segura que, *exactamente por ter celebrado um seguro*, procura, numa situação de urgência, *o meio de contenção dos danos que lhe dê mais garantias de eficácia*. Nem se pode considerar aqui que se frustra expectativas do segurador, impondo-lhe a suportação de uma despesa inesperada: este está tutelado pelo triplice limite da proporcionalidade da medida face à gravidade da lesão, eventualmente concretizada em atenção à actividade profissional do sujeito, da sua razoabilidade para efeitos de contenção do dano, e da não superação desta, somada à prestação devida, relativamente ao capital seguro.

O segurador que pretenda manter um controlo maior sobre esta matéria deverá fazer constar do contrato orientações claras quanto aos procedimentos de salvamento que dêem lugar a despesas reembolsáveis – vg., indicando os Hospitais da sua rede a que o sinistrado se deva dirigir em caso de urgência.

não está aqui em causa o potencial agravamento de uma situação de responsabilidade do segurador, em que este tenha ingressado por violação de um dever seu; não está, portanto, em causa a paralisia, por violação de um ónus imposto ao segurado, de qualquer direito deste a uma reparação. Tratamos em texto a *simples limitação do direito ao reembolso*, que tem na sua génese um contrato – ainda que o contrato possa actuar, perante a lei que prevê tal direito, apenas como acto jurídico –, direito esse que *não se constitui sequer para lá de certo montante*. Representativo é aqui o caso *Arosa* (ac. do LG de Düsseldorf de 23 de Junho de 1965, processo n.º 5 O 144/60). Estava em causa a ressarcibilidade de despesas havidas pelo lesado em curas termais nas estâncias de Arosa e Meran, que lhe haviam sido aconselhadas pelo seu médico de família para sanar os ferimentos ligeiros (feridas incisivas na cabeça, equimoses no ombro e na articulação do joelho e um arranhão no joelho) sofridos na sequência de acidente de viação por culpa de terceiro. O tribunal rejeitou a pretensão ao ressarcimento destes custos, invocando o § 254 e o fundamento de que o lesado tinha incumprido com o cuidado exigível, já que mesmo um leigo deveria, face à natureza dos ferimentos em causa, reconhecer que as terapias termais não eram necessárias para a sua cura; face ao facto de o médico que as prescreveu não ser especializado, a diligência impunha ainda que o lesado pedisse uma segunda opinião a um especialista. O parâmetro de *proporcionalidade parece ser o da gravidade dos ferimentos: é por relação a este que as despesas se afiguram excessivas*.

Perante o pano de fundo da culpa do lesado, perguntar-se-ia como havia o instituto razoavelmente, assim, de fornecer subsídios para a avaliação da razoabilidade das despesas de salvamento. Ora, esta *diligência exigível* tida em conta pela jurisprudência está *dirigida não directamente ao comportamento mitigador*, mas exactamente *ao juízo prévio de reconhecimento do carácter razoável ou desrazoável da despesa, aferido por referência ao parâmetro da gravidade dos ferimentos* – que vemos confluir com o critério relevado em texto. Tal é, de resto, sintoma do carácter de corpo estranho que estes "Dispositionsfälle" constituem no seio do instituto da "Mitverschulden", e que tem levado ao desenvolvimento no seu seio de critérios de imputação do dano ao lesado assentes em considerações apartadas de qualquer juízo de censurabilidade.

Resulta do que dissemos, por outro lado, não ser legítimo o apelo às disponibilidades financeiras do próprio segurado, considerando a despesa desproporcionada por este não estar normalmente em condições de a financiar. Retomando o exemplo dado, pensemos que o sujeito não estaria normalmente em condições de custear uma intervenção com o cirurgião em causa. Desde logo, porque o sujeito celebra o seguro para afrontar a incerteza em melhores condições – o que implica legitimamente ter acesso a prestações que não poderia custear de outra maneira. Acresce que o raciocínio inverso levaria a defender que, perante um mesmo contrato, mereceriam graus de protecção diversa os sujeitos mais e menos abastados⁹⁵².

⁹⁵² Assim, WOLFGANG VOIT, "VVG § 194 Anzuwendende Vorschriften", *Prölss/Martin Kommentar*, CHRISTIAN ARMBRÜSTER/HEINRICH DÖRNER/DOMINIK KLIMKE/ULRICH KNAPPMANN (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 18.01.2014), nm. 14, sublinhando que não há qualquer ónus de opção pela medida mais barata mas não tão eficaz – tal ónus apenas surge quando a eficácia terapêutica expectável seja em ambos os casos igual. E, aí, acrescentamos, terá ainda relevo o parâmetro da negligência face à avaliação *ex ante* que pesa sobre o segurado. De resto, o rigor da configuração nacional dos limites ao reembolso exime-nos a operações mais delicadas de criação de tais limites por via dogmática – necessidade que se suscitaria num sistema de reembolso sem limites quantitativos, face a situações em que estivesse em causa a aplicação de medidas muito dispendiosas, mas de grande eficácia, face a lesões graves. Nesses sistemas, o valor do capital seguro poderá já – ao contrário do que acontece no nosso – ser um parâmetro útil para o juízo de proporcionalidade. Este problema coloca-se no ordenamento italiano, onde foi debatido. Embora não acompanhemos o enquadramento, compreendemos, pois, a preocupação de GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata...* cit., pp. 228-229, quando salienta que, conquanto se aplique ao seguro de acidentes o regime geral do salvamento, atinente ao seguro de danos, não pode deixar de se ter em conta a diferença de pressupostos: é que no seguro de acidentes – raciocínio que, mantendo a lógica do autor, podemos transpor para os seguros de pessoas – os actos de salvamento protegem antes de mais a pessoa do próprio segurado actuante, pela qual este não se desinteressa por força da celebração do seguro. Segundo o autor, o interesse do segurador secundariza-se em relação a este interesse primário do segurado na protecção da própria saúde. Assim, seria injustificado manter aqui o regime do art. 1914, 2.º, na parte em que determina o reembolso das despesas de salvamento, ainda que, somadas ao valor do dano, superem o capital seguro. Aqui, o interesse do segurador apareceria como um interesse apenas reflexamente protegido, não sendo justo impor-lhe a suportação de custos – de assistência médica *lato sensu* – que superassem a prestação garantida. Assim, não valeriam aqui nem o 1914, 2.º, no segmento considerado, nem o último parágrafo do mesmo artigo, atinente ao adiantamento de montantes por conta de despesas, por parte do segurador – já que este pressupunha aquele regime. Diferentemente, ANTIGONO DONATI, *Tratatto... III*, cit., p. 547 considerava não haver aqui qualquer restrição a fazer ao regime previsto em termos gerais, já que este, com carácter semi-imperativo, não distingue. GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata...* cit., pp. 229-231, considera já que o regime previsto no art. 1914, 3.º, valia aqui, devidamente adaptado. Seriam, pois, cobertos os danos directamente produzidos na pessoa segura pelos meios adoptados por esta para evitar ou diminuir os danos do sinistro, salvo se tal adopção fosse desrazoável ("inconsiderata"). Assim seria, *vg.*, face aos danos provocados por uma intervenção cirúrgica levada a cabo para procurar evitar danos maiores, mas lograda. Tal resultaria, aliás, das próprias regras sobre causalidade: uma actividade razoavelmente adoptada para minorar as consequências do sinistro deveria ser considerada uma consequência do próprio sinistro, sendo esta causa mediata das consequências de tal actividade. Já se esta actividade fosse desrazoável e fosse causa adequada de danos, então o sinistro deixava de ser causa destes, já que tal culpa (imperícia, imprudência) de terceiros ou do próprio se tornava ela própria causa adequada do dano, rompendo o nexo de causalidade. O autor trava já porém este raciocínio quando se trate de culpa não grave – *hoc sensu*, ordinária – do segurado, argumentando que tal se conjuga

§ 3. Esfera subjectiva de relevância da conduta. A interferência da responsabilidade por actos de auxiliares

A. Identificação do devedor

A bem da simplificação discursiva, temos assentado na referência metonímica ao segurado, enquanto sujeito cuja ligação ao risco seguro é a base de sustentação do contrato. A hipótese geral de que partimos é de que o segurado é simultaneamente o tomador, o beneficiário da prestação e a pessoa segura, destacando à vez cada uma destas qualidades para analisar os efeitos da sua relevância em esfera diversa. A doutrina alemã, com que nesta sede em grande medida dialogamos, usa, à semelhança da lei, outro método de simplificação discursiva, reportando-se ao tomador e supondo um seguro realizado por conta própria. Manteremos a referência axial ao segurado; quando, em sede de exposição do pensamento alemão, nos referirmos, para preservar uma maior fidelidade às fontes – o que, face à matéria deste ponto, se poderá justificar –, ao tomador, é, salva indicação em contrário, ainda ao tomador-segurado, atinente a um seguro por conta própria, que nos referimos.

Face à generalidade dos preceitos analisados, a lei valora o cumprimento do dever por parte do tomador, segurado, ou beneficiário⁹⁵³. Abarca-se, pois, o segurado, enquanto, por um lado, titular do interesse seguro e sujeito que tende a ter a gestão do risco a seu cargo; e, por outro, sujeito que pode também tendencialmente exigir para si a prestação. Abarca-se o beneficiário por, quando não coincidir com o segurado, ser a parte avantajada com o direito à prestação. E abarca-se o tomador que, quando não tenha qualquer das outras qualidades, é de todo o modo a contraparte contratual do segurador, estando para com ele obrigado a

com o facto de as apólices geralmente cobrirem os acidentes causados com culpa simples da parte daquele e que, face à mera culpa, dificilmente se pode falar de um carácter "inconsiderato".

⁹⁵³ Trata-se de uma técnica legislativa diversa da seguida, por exemplo, na VVG. Nesta, os preceitos que estabelecem as *Obliegenheiten* referem como seu sujeito apenas o tomador. A relevância do comportamento ou do conhecimento do segurado é conferida em sede geral, pelo § 47, considerando-se que este vale tanto para as *Obliegenheiten*, como para as exclusões subjectivas do risco –DIRK LOOSCHELDERS, "§ 17. Haftung des Versicherungsnehmers für Dritte", *Versicherungsrechtshandbuch*, ROLAND MICHAEL BECKMANN/ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN (coord.), C. H. Beck, Munique, 2009, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 10.09.2012), nm. 9 .

deveres de lisura e correcção⁹⁵⁴. Impõe-se, pois, perceber como se concerta esta pluralidade de obrigados.

Quando o dever tenha por objecto a consecução de certo resultado, não importa quem o cumpra, desde que tal resultado seja conseguido. Tal corresponde aliás à regra geral do art. 767.º do CC. É *o que ocorre com os deveres de informação ou de prestação de documentos*. Note-se, porém, que o resultado aqui tido em vista é o da informação completa e fidedigna sobre os factos, que poderá não estar ao alcance de todos. Assim, *se apenas um deles tem acesso a informação significativa, não se poderá prejudicar o segurador considerando que basta a prestação de informação menos relevante por qualquer outro*: havendo culpa na não transmissão desta informação, deve considerar-se que o sujeito em causa incumpriu o dever de informação.

Quando porém se trata não da consecução de um certo resultado, mas da adopção de *dada conduta relativa ao risco*, o ponto de partida é diverso: todos estão obrigados a adoptá-la, *uma vez que em relação a si se preenchem os respectivos pressupostos*. Esta abrangência potencial dos vários sujeitos implicados está aliás, no tocante aos seguros por conta de outrem, de algum modo pressuposta, já que o RJCS determina ser o tomador o sujeito obrigado aos deveres emergentes do contrato, salvo quando só o segurado os possa cumprir (art. 48.º, n.º 2). Resta, pois determinar quando estes se preenchem.

A este respeito, parece-nos que a linha de corte se deve fazer entre os *Tatbestände* que se baseiam *na exigência de determinada diligência*, independentemente de a valorarem em sede de determinação das condutas incumpridoras ou de a valorarem em sede de culpa, e os *Tatbestände* que valoram a produção de dado resultado danoso. Tal aparta, de um lado, o regime do salvamento; e abarcaria também a causação do sinistro com negligência (grosseira), caso esta fosse contemplada pelo nosso ordenamento. Do outro lado, coloca o regime da *causação dolosa* do sinistro, que nos parece de acomunar com as hipóteses em que há dolo *relativo à causação das consequências danosas do sinistro* em sede de salvamento. Parece-nos que, *face ao primeiro conjunto, a exigência de conduta releva apenas na esfera de sujeitos que estejam, em termos*

⁹⁵⁴ Sobre esta diferença de fundamentos das valoração da conduta relativamente a estes vários sujeitos, ALONSO SOTO, *El seguro...* cit., p. 47.

latos, implicados na gestão do risco; face ao segundo conjunto, a exigência de conduta releva na esfera de qualquer sujeito ligado ao contrato.

A sintonia valorativa entre as duas últimas hipóteses de produção dolosa de um resultado é clara, sendo o seu referente contíguo – evento produtor de consequências danosas ou estas mesmas consequências – ou mesmo coincidente, quando se trate do dever de prevenção de um sinistro iminente. A identidade de requisitos subjectivos – exigência do dolo em ambas as hipóteses – coloca ainda o intérprete perante razões de sentido prático-normativo similar em ambos os casos. Trata-se em ambos os casos de retirar da esfera do segurador um risco que este à partida não suportaria, *tanto pelo risco moral elevado que tal cobertura geraria – potenciando inclusivamente situações de fraude –*, como, num plano valorativo, por *encerrar condutas profundamente contrárias à boa fé contratual*. Considerações estas que, em todo o caso, nada têm que ver com a proximidade do sujeito actuante face ao risco. Nesta sede, deve ser à partida *cumulativamente na esfera de todos os sujeitos relevados pelas normas em causa* – tomador, segurado e beneficiário – *que se afere do cumprimento da exigência de não causação do resultado*. Veremos abaixo o relevo que deve ser dado à conduta da pessoa segura *que não detenha qualquer daquelas qualidades*. Analisaremos ainda a questão diversa e logicamente posterior que se coloca: a de saber se *tais resultados deverão vir a ser corrigidos por apelo à primazia da materialidade subjacente*.

Destas devem ser separadas as hipóteses que se fundam na exigência de determinado parâmetro de diligência face aos bens seguros. Ora, o cuidado face aos bens seguros apenas deve ser apto a pôr em causa a cobertura *quando tal não colidir com expectativas legítimas do segurado*. Concretamente, tal aconteceria se se valorasse a omissão de condutas diligentes em relação aos bens seguros por parte de um sujeito *não implicado na gestão do risco, mas de um modo casual se encontre em contacto com o risco*. A relevância da negligência, mesmo grosseira, do sujeito que não administra o risco não só o colocaria perante a decisão não isenta de dúvida quanto ao que seria o cuidado exigível, como, sobretudo, poderia minar a expectativa legítima do sujeito administrador do risco – suponhamos, o segurado – que se desincumbiu da sua missão dentro dos parâmetros da diligência exigível⁹⁵⁵.

⁹⁵⁵ Pense-se na hipótese em que o tomador que não administre o risco passa junto da casa do segurado que se encontra ameaçada pelas águas de uma cheia crescente e, com negligência grosseira, não se informa sobre se o segurado gestor do risco adoptou as medidas de salvamento necessárias,

Parece-nos um resultado intolerável, quando a conduta do segurado que tinha afinal o risco a seu cargo se conteve nos limites da cobertura.

Poder-se-ia esgrimir em contrário que o sujeito ligado ao contrato tinha, por força desse vínculo, à partida um dever de cooperação para com o segurador. Outras considerações levam, porém, a afastar esse juízo. Desde logo, a boa fé assim evocada exige a ponderação das circunstâncias concretas, sendo questionável que fizesse irromper um tal dever de cooperação face a um sujeito que não tem na sua esfera de controlo os bens ameaçados pelo risco, cabendo antes tal, na divisão de tarefas representada por todas as partes negociais, a outro sujeito. Acresce, decisivamente, que, como se vai tornando patente, os juízos respeitantes à valoração e sancionamento destas exigências de conduta são co-determinados pela exigência de manter o sentido útil da cobertura do risco pactuada. Pelo que a interferência destes regimes na densidade da cobertura fornecida não pode ser perdida de vista. Salientemos, porém, que a exigência de que o sujeito esteja também ligado à gestão do risco não está sujeita a requisitos estritos como os recortados em sede de "Repräsentantenhaftung" – nem tal se justificaria, já que, na questão ora em apreço, estamos perante sujeitos directamente ligados ao contrato, na qualidade de parte ou de credor de direitos contratuais. Basta, aqui, que o sujeito esteja em condições de interferir, por um período de tempo significativo, nas condições de ocorrência de sinistro, *sem que tenha que o estar em exclusivo* – assim, vg., o locador que contrate um seguro multi-riscos por conta do locatário relativamente ao locado, de cuja manutenção geral se continue a ocupar, ou o empregador-tomador num seguro de acidentes pessoais celebrado por conta do seu prestador de serviços, deverão adoptar as medidas de salvamento que se revelem necessárias, uma vez que se apercebam da ocorrência do sinistro.

B. Efeitos da violação das exigências de conduta por cada um destes sujeitos

Quando a exigência de conduta em causa possa ser cumprida por qualquer um dos sujeitos e o haja sido, nenhum dos efeitos do incumprimento se coloca. As

confiando levemente em que o tenha feito (numa hipótese, portanto, de erro quanto ao que poderiam ser os pressupostos da sua actuação). Mesmo que o segurado tivesse estado negligentemente em falta quanto a medidas exigíveis – sem que tal seja, como vimos, bastante para constituir incumprimento do dever de salvamento –, seria então valorada aquela falta grosseiramente negligente do tomador, pondo afinal em causa a cobertura.

questões a afrontar agora levantam-se *face à falta de adopção da conduta em causa que deva relevar como incumprimento*.

A questão mereceu especial debate, mais do que face à transmissão de informações, face às actuações sobre o risco. Nesta sede, no início do séc. XX, as situações de desfasamento entre estas qualidades foram maioritariamente enquadradas através de argumentos de sentido prático-económico atinentes à relação do sujeito com o risco: à partida apenas relevaria para o *Tatbestand* da causação do sinistro a actuação do sujeito em relação com o risco seguro, fosse por ser este, na mais formalista análise de MÖLLER, a esfera relevante para aferir das circunstâncias do risco subjectivo⁹⁵⁶; fosse, na análise mais funcional de EHRENZWEIG, por ser ele o "administrador do risco" ou "figura de risco" – o sujeito ao qual estivesse legitimamente entregue a "gestão do risco", que seria o *detentor legítimo dos bens seguros ou da qualidade de pessoa segura, ou da guarda desta*⁹⁵⁷. Os próprios autores não deixam, porém, de dar relevo a argumentações distanciadas da materialidade da relação com o risco, com vista a retirar consequências da actuação do tomador não segurado. E, ao longo do séc. XX, tornar-se-ão crescentemente recorrentes os enquadramentos fundados na posição dos sujeitos perante o contrato ou perante a prestação. Como veremos, nenhuma das duas vias

⁹⁵⁶ HANS MÖLLER, "Zu den Normen...", cit., pp. 559-560, centra-se no conceito de exclusão subjectiva do risco: tudo estava em saber se o sujeito que tinha causado o sinistro era ou não o sujeito relevante para a relação caracterizadora do risco – o *titular do interesse seguro*, ou *segurado* –, pois era na sua esfera que se deviam verificar as circunstâncias subjectivas relevantes. A actuação causadora de qualquer outro terceiro seria, em consequência, irrelevante. Segundo o autor, recortando-se a relação caracterizadora do risco como a relação entre um sujeito e um bem, que seria perturbada pelo sinistro, relevariam no recorte do risco seguro as circunstâncias objectivas aptas a afectar esta relação, mas também as subjectivas – *como vimos*, psíquicas – que o poderiam ser. Ora, e estas só poderiam ser encontradas na pessoa do titular dessa relação económica: no titular, portanto, do portador do interesse. Assim, a exclusão do risco só valia quando fosse o segurado a causar o sinistro: era ele a pessoa que se ligava aos bens seguros, sendo ele o sujeito relevante para aferir do risco subjectivo. É assim também para ALBERT EHRENZWEIG, "Die schuldhafte...", cit., pp. 35-37, por apelo à construção de "administrador/gestor do risco" ou "figura de risco" – para o autor, quem tivesse a administração do risco ("Risikoverwaltung") tornava-se relevante para o risco (tornava-se "Risikofigur") –, coincidente, se interpretamos bem o pensamento do autor, com o *detentor legítimo dos bens seguros ou da qualidade de pessoa segura, ou da guarda desta*. Assim, o sujeito cuja actuação era relevante para accionar a exclusão era, prima facie, o *segurado, titular do interesse*: presumia-se que com ele se encontrava a administração dos bens. Nas situações em que tal administração se encontrava *legitimamente a cargo do tomador*, por comissão ou gestão de negócios, passava a ser ele a "Risikofigur". Notamos, pois, que, ao contrário do que acontece na construção anterior, a *qualidade aqui relevante é independente da de titular do interesse*.

⁹⁵⁷ Para ALBERT EHRENZWEIG, "Die schuldhafte...", cit., pp. 35-37, quem tivesse a administração do risco ("Risikoverwaltung") tornava-se relevante para o risco (tornava-se "Risikofigur"). Presumia-se que a gestão do risco estava com o segurado, titular do interesse seguro; porém, nas situações em que tal administração se encontrava *legitimamente a cargo do tomador*, por comissão ou gestão de negócios, passava a ser ele a "Risikofigur". Donde, ao contrário do que acontece na construção de MÖLLER, a *qualidade aqui relevante é independente da de titular do interesse seguro*.

de enquadramento da questão deve ser perdida de vista.

a. Actuação da norma pelo segurado não tomador ou pelo beneficiário

Nos seguros individuais por conta de outrem, quando for *o segurado a violar a exigência de conduta, tal prejudica os direitos que este retiraria do contrato*. Nos seguros de carácter indemnizatório, *a prestação dirige-se, salvo quando exista acção directa da parte de terceiro, à sua própria esfera*. Como tal, o que vai dito implica que, nestes casos, a violação das exigências de conduta por parte do segurado afecta o direito à prestação seguradora, aplicando-se em relação a este os remédios da redução ou perda total. Deixar sobreviver outro direito à prestação seria aqui falho de sentido, já que esta apenas se pode dirigir à esfera do titular do interesse seguro. Não é já assim quando esteja em causa um terceiro lesado que disponha de acção directa; nessas hipóteses, porém, o segurador disporá de direito de regresso contra o segurado.

A identificação do segurado é, como vimos atrás, mais problemática em sede de seguros de prestações pré-determinadas – que, à face do nosso ordenamento, são sempre seguros de pessoas. Na construção que nos parece mais acertada, quando a pessoa segura dispõe de direitos contratuais relevantes, é esta o segurado. Nessa hipótese, a sua actuação afecta o direito à prestação seguradora cuja constituição ou conteúdo tenham sido influenciados pela sua conduta – e tal acontece quer a pessoa segura seja, quer não seja, o beneficiário da prestação.

Já quando a pessoa segura é uma mera referência de construção do direito à prestação, sem que o contrato lhe conceda direitos relevantes de modelação do seu conteúdo, *o segurado coincide com o beneficiário da prestação*. Ora, face às indicações provindas do regime do seguro de vida, a *actuação do beneficiário afecta certamente apenas o direito do próprio em caso de causação dolosa*. Esta é também a solução vigente em alguns dos ordenamentos que nos são próximos, como o alemão ou o belga⁹⁵⁸. Em caso de violação de deveres de salvamento –

⁹⁵⁸ Assim, face ao artigo hoje correspondente ao 62. da LA, MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., p. 268, especialmente n. 958; BERNARD DUBUISSON, "La faute...", cit., pp. 14586(1)-14586(2)); face à VVG alemã § 162, II. Este era o regime que valia já face ao § 170, II, da versão anterior da VVG, determinando a *Verwirkung* da designação beneficiária quando tal sujeito houvesse causado a morte da pessoa segura; a pretensão à prestação seguradora, em si, não era, porém, afectada. Também na doutrina suíça se argumenta desde há longo tempo, face ao art. 14., com o facto de o dolo de um dos beneficiários não poder afectar as pretensões dos restantes, provocando a sua *Verwirkung* – não sendo ele parte contratual, apenas poderia com a sua actuação afectar o seu próprio crédito (HANS

quando estes se coloquem num seguro de capitais, como acontece legitimamente face ao seguro de acidentes – que ponha em causa o direito à prestação, tal, deverá, por maioria de razão, também valer.

Face às situações em que existam vários segurados, parecem-nos úteis as soluções defendidas no ordenamento alemão para os seguros com pluralidade de tomadores⁹⁵⁹. Aqui, vale uma directriz paralela à vista acima, considerando-se que o cumprimento por um dos segurados, face aos deveres de informação, exonera todos – salvo quando tal prejudique o segurador, porque apenas um dos segurados tem acesso a informação especialmente relevante. Quando está em causa o regime do agravamento do risco, o regime do salvamento, ou o regime da causação dolosa, *quando se trate de interesse comum, idêntico e indivisível dos vários segurados (maxime, nos seguros de coisas), a violação da conduta por um prejudica todos; não assim já nos seguros no âmbito dos quais cada segurado tenha um interesse autónomo, como ocorre nos seguros de responsabilidade, ou nos seguros de saúde atinentes a um conjunto de sujeitos.*

Uma segunda ordem de questões é – porquanto a situação só é concebível quando se tratar de um segurado não tomador – a atinente ao *relevo da actuação do segurado que não saiba ter essa qualidade*. Esta constelação não se coloca em face dos deveres de informação: uma vez que a conduta de informação de um parceiro contratual só faz sentido nos quadros de um contrato, é falho de sentido esperá-la de um sujeito que desconheça essa sua qualidade – e, face ao relevo do contrato como acto assente na autonomia privada, inexigível dos sujeitos que a todo o momento indaguem do seu relevo num contrato de que não foram parte. Poderia, porém, ser valorada a conduta de um sujeito face ao risco, que é independente da celebração de

ROELLI, *Kommentar...I*, cit., p. 222; secundado por ALFRED MAURER, *Schweizerisches... cit.*, pp. 356-357 ou ANDREAS HÖNGER/MARCEL SÜSSKIND, "Art. 14", cit., p. 249). Não deixa, porém, de se erigir alguns limites face ao risco moral que pode resultar dessa limitação. Assim, a doutrina maioritária suíça pronuncia-se contra a hipótese esta actuação culposa poder avantajar os demais beneficiários, considerando que essa parte da pretensão deve cair definitivamente (ALFRED MAURER, *Schweizerisches... cit.*, pp. 356-358).

⁹⁵⁹ Cfr. JÜRGEN PRÖLSS, § 28, cit., nm. 27. Aquele último vector é afirmado com grande ênfase pela jurisprudência belga, secundada pela doutrina (BERNARD DUBUISSON, "La faute...", cit., pp. 14586(1)-14586(2)); MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., pp. 268-269. Face a um seguro de responsabilidade civil familiar, considera-se que, na hipótese em que o filho menor cause dolosamente danos, ficando precludido o seu direito à prestação seguradora, os pais possam, ainda assim, exigir prestação fundada no contrato, *não enquanto representantes legais do credor-menor, mas sim enquanto responsáveis civilmente pelos danos por este causados* – ficando nessa sequência o segurador com um direito de regresso contra o menor.

qualquer contrato – foi aliás esse vector que ecoou nas construções alemãs do início do século passado da culpa "em relação aos bens", enquanto culpa económica, e que ecoa ainda na aferição da diligência de acordo com a conduta que se teria "se se não estivesse segurado"⁹⁶⁰⁻⁹⁶¹. Abordaremos esta questão *infra*, a propósito da diligência exigível face ao contrato.

Por último, já fora do quadrante da intervenção do segurado, coloca-se a questão do *relevo da actuação da pessoa segura que surja como sujeito sem qualquer interferência no contrato*, conquanto, por imposição legal (art. 43.º, n.º 3, do RJCS) e correcta interpretação do que lhe é devido enquanto pessoa, *tenda a ter conhecimento do contrato*⁹⁶². Sendo esta a pessoa *naturalmente incumbida da gestão do risco* (salvas as hipóteses de incapacidade), *não poderá a sua actuação deixar de relevar face ao contrato* – sob pena de se passar a incluir no risco coberto a causação dolosa do sinistro, nas suas hipóteses mais relevantes, o que, mais do que pôr em causa a distribuição do risco contratual suposta na lei e em boa fé pretendível pelas partes, poderia pôr em causa a referência do contrato a um genuíno risco⁹⁶³. Esse entendimento é de resto conforme com o regime legal do

⁹⁶⁰ Assim, por exemplo, ALBERT EHRENZWEIG, "Die schuldhafte...", cit., pp. 35-36, considerando que a consequência da causação do sinistro por esta "Risikofigur" era o preenchimento da exclusão do risco – pouco importava que este conhecesse ou não da existência de um contrato de seguro, já que não se estava perante verdadeira culpa, mas apenas perante uma "culpa face aos bens". Veja-se quanto diremos em IV.2§2Bb.

⁹⁶¹ Aliás, da letra da lei alemã pareceria resultar expressamente uma fractura na valoração de uma e de outra das hipóteses, já que, nos termos do § 47, II, que trata as hipóteses em que o segurado não tomador desconhece a existência do seguro que o implica, apenas se retira relevo ao conhecimento do conhecimento do segurado, e não já à sua conduta. A doutrina que em particular analisa este preceito não lhe atribui maior alcance do que o literal – cfr. CHRISTIAN ARMBRÜSTER, "§ 6. Parteien des Versicherungsvertrages, Mehrheit von Versicherern, Drittbegünstigte", *Versicherungsrechtshandbuch*, ROLAND MICHAEL BECKMANN/ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN (coord.), 2009, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 10.09.2012), nm. 99, ou DOMINIK KLIMKE/JÜRGEN PRÖLSS, "VVG § 47 Kenntnis und Verhalten des Versicherten", *Prölss/Martin Kommentar*, CHRISTIAN ARMBRÜSTER/HEINRICH DÖRNER/DOMINIK KLIMKE/ULRICH KNAPPMANN (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em (consultado pela última vez a , nm. 8, não estabelecendo qualquer equiparação na valoração da própria conduta.

⁹⁶² Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...* cit., pp. 629-630, salientando que o fundamento do regime é o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, que implica que o sujeito tenha uma palavra a dizer sobre quem lucra com a sua morte. Quer perante esta leitura da norma, que é de acompanhar, quer perante a atribuição de uma *ratio* mais estreita, atinente à eliminação de incentivos ao homicídio da pessoa segura, a norma sempre procederia por inteiro face a seguros de acidentes ou a seguros de saúde com cobertura de invalidez sobre a pessoa de terceiro. Isto vale por dizer que a norma se aplica ao campo aqui a considerar, que é o dos seguros de capitais relativos a um sinistro que é um evento indesejado, em que faz sentido dar relevo à actuação material face ao risco – já não assim nos seguros ligados a eventos desejados, em que não é procedente valorar como contrárias ao contrato as expectáveis condutas de potenciação do sinistro.

⁹⁶³ STEPHAN HÜTT, § 201, cit., nm. 18, considerando que de outro modo se poria em causa a

suicídio, que exactamente se reporta a este *acto material*, e não à causação dolosa do "sinistro", enquanto conceito contratualmente relevante.

b. Actuação da norma pelo tomador não segurado

No enquadramento desta questão prevalecem actualmente explicações contratuais. Com efeito, uma vez que a estrutura subjacente ao seguro por conta de outrem é a do contrato a favor de terceiro, considera-se que valeria aqui simplesmente a norma que permite ao promitente (segurador) a oposição ao terceiro das excepções fundadas na relação de cobertura⁹⁶⁴. Assim, a violação de exigências de conduta por parte do tomador, *quando devesse ser este a cumpri-las*, deveria valer como excepção oponível ao terceiro que retire direitos do contrato: entre nós, seria então chamado à colação o art. 449.º do CC⁹⁶⁵. Verificando-se a hipótese em relação ao sujeito que era parte no contrato, tal deveria pôr em causa a totalidade do mesmo, exprimindo-se aqui o princípio segundo o qual o promitente deve poder invocar perante o terceiro as mesmas possibilidades de defesa que resultam para ele do contrato face ao promissário⁹⁶⁶.

Tal não é, porém, tão pacífico como se suporia. Da análise do Direito comparado – e, aí, dos regimes da causação do sinistro, onde, como vimos, é regra a vinculação simultânea dos vários implicados – resultam exemplos de regimes em que o segurador só fica liberado em relação ao causador do sinistro. É assim, por exemplo, nos termos do art. 9:101 dos PEDCS – que, numa formulação equívoca,

incerteza inerente ao seguro, já que se deixaria inconsequente exactamente a conduta que mais influência tem sobre o risco.

⁹⁶⁴ Diferentemente, quando o tomador contrata por conta própria e alheia, sendo titular de um interesse autónomo do dos restantes segurados – pensamos agora, por exemplo, nos seguros de saúde familiares –, a actuação da conduta do tomador-segurado face ao seu próprio risco não poderá repercutir-se nos direitos dos demais segurados. É a prestação que se dirige à esfera do tomador-segurado que é afectada pela actuação face ao seu próprio risco, ou informação prestada face a este, e não as demais, apenas tocadas pelas actuações relativas ao respectivo risco.

⁹⁶⁵ Considerando que a solução geralmente vigente no Direito comparado era a de ao segurado não tomador ser oponível a conduta deste último, REIMER SCHMIDT, "Einfluß des Verhaltens des Versicherten auf die vertraglich zugesagte Gefahrtragung (warranty, misrepresentation, concealment; réticences, déchéances, Obliegenheiten)", in *Materialien des zweiten Weltkongresses für Versicherungsrecht, IV*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1967, pp. 13-52, p. 48. Sobre a presença de norma idêntica nos regimes do contrato a favor de terceiro da generalidade dos ordenamentos jurídicos mais próximos, DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, Almedina, Coimbra, 1991, p. 166. E sobre a natureza jurídica de contrato a favor de terceiro do seguro por conta de outrem e a pertinência da aplicação de um tal preceito nesta sede, DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 10, e CHRISTIAN ARMBRÜSTER, § 6, cit., nm. 91.

⁹⁶⁶ JOACHIM GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis...* cit., p. 495.

preclui o direito à indemnização do tomador ou do segurado que tenha causado o sinistro por acção ou omissão – ou do art. 62., al. 1^a, da LA –, precludindo o direito de quem quer que tenha causado dolosamente ou com negligência qualificada o sinistro. Sendo, pois, vários os beneficiários ou segurados no contrato, a causação dolosa por um deles não deverá afectar os demais. E, sendo o tomador não segurado o causador, o alcance aparentemente pretendido pelos PEDCS é o de tal não prejudicar os direitos do segurado, restando ao segurador o expediente da sub-rogação contra o tomador⁹⁶⁷.

E é assim à face da VVG que, em matéria do seguro de saúde e de acidentes, dá indicações concretas quanto ao relevo da conduta do tomador não segurado. Assim, na matéria do seguros de acidentes, além da não cobertura do sinistro causado intencionalmente pela pessoa segura, que é conatural a este tipo, o § 183 especifica que o regime da causação dolosa apenas vale para actos praticados pelo tomador no caso de seguro sobre a pessoa de terceiro mas *por conta própria* (§ 179,

⁹⁶⁷ PROJECT GROUP RESTATEMENT OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW, *Principles of European...* cit., p. 248, C.7., corroborando o que parece resultar da letra do preceito: que, se for um daqueles sujeitos o causador – por exemplo, o tomador –, o direito do outro à indemnização – por exemplo, o segurado – permanece em geral incólume. Assim, se o tomador causar dolosamente o sinistro, não pode exigir o pagamento – necessariamente a favor do segurado – da prestação; mas o segurado continua a poder exigir, com base nesse mesmo sinistro, o pagamento a seu favor. Estranha-se este sentido em sede de uma norma que prevê como remédio a perda da prestação – não se vê como ele possa então ser aplicado a um tomador não segurado. De resto, na hipótese inversa – em que é o segurado não tomador o causador do sinistro –, como vimos em texto, não parece ter sentido útil esta separabilidade das consequências jurídicas. Quando – fora do âmbito dos seguros de capitais, onde releva a figura do beneficiário – as qualidades de tomador e de segurado estão separadas, o primeiro não é o sujeito ao qual o segurador deve a prestação em caso de sinistro; o sujeito que pode exigir tal prestação e aproveitar das suas vantagens é o segurado. Se o *tomador surgir a exercer este direito, não sendo segurado, apenas poderá exigir a prestação ao segurado*. Ora, se se considera que, em caso de causação dolosa por parte do tomador ou do segurado, apenas o direito do causante é prejudicado, e não já o do sujeito inocente, esta consequência jurídica será então limitada até à inutilidade: se o segurado causar dolosamente o sinistro, não poderá exigir para si a prestação; mas o tomador não perde o seu direito de *exigir a prestação a favor do segurado*. Atento, pois, o facto de que, estando em causa o bloqueio do direito do tomador ou do segurado, a prestação que qualquer dos dois direitos tem por objecto tem sempre a mesma direcção – a esfera do segurado –, não só a separabilidade que se invoca torna inócua a consequência jurídica, como – *et pour cause* – se mostra uma solução altamente apta a potenciar a fraude. Note-se que é diferente a hipótese de causação dolosa pelo beneficiário em primeira linha, já que, ficando precludido o seu direito, *é a outro beneficiário que assiste o direito de exigir para si – e não para a o causador doloso – a prestação*. Assim, face ao preceito citado, a doutrina belga é cautelosa em afirmar que se trata de situações em que o beneficiário de primeiro nível, ou um dos segurados perante o contrato, havendo nele sujeitos segurados a outros títulos, causa o sinistro. De resto, parece mesmo recusar a relevância de um facto doloso – ou grosseiramente negligente – do tomador não segurado (MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., p. 268, especialmente n. 958; BERNARD DUBUISSON, "La faute...", cit., pp. 14586(1)-14586(2)). Sobre a aplicação da mesma lógica à causação grosseiramente negligente, MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., p. 277, dando nota de que, embora a letra do (actual) art. 62, al. 2.^a, não forneça argumentos para tanto, é esta a solução tradicional, vinda já da Lei de 1867, que nada indica que o segurador tenha querido modificar.

II), ou pelo terceiro beneficiário do seguro. Por sua vez, o § 201, conquanto se reporte à causação dolosa pelo tomador ou pela pessoa segura, refere-se expressamente a um acto próprio de causação ("bei sich selbst"), retirando daqui a doutrina a conclusão de que tal referência ao tomador não procede para o seguro por conta alheia, sendo discutido se procede mesmo para o seguro sobre a pessoa de terceiro, mas por conta própria⁹⁶⁸. Além dos argumentos literais, a doutrina considera que, quando o tomador não possa exigir o cumprimento da prestação seguradora para si, não procede face a ele a *ratio* do regime da causação dolosa, já que não há o risco da causação do sinistro por cupidez⁹⁶⁹. Com menos apoio em dados positivos, a doutrina helvética afasta a aplicação da regra que decorreria do regime do contrato a favor de terceiro por interpretação correctiva, quando estejam em causa seguros de grupo – vg., do empregador a favor dos trabalhadores, ou de escolas a favor dos alunos. Seria, no seu entender, chocante que a pretensão do trabalhador ou aluno pudesse ser afectada por uma actuação grosseiramente negligente do empregador ou estabelecimento de ensino; mais ainda, no caso de esta ser dolosa. Considera-se que, ao menos em relação a este caso, a lei exhibe uma lacuna em sentido impróprio, que deve ser preenchida no sentido de se não afectar a prestação do trabalhador ou aluno segurado quando este tiver, de sua parte, actuado sem negligência grosseira ou dolo⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ Assim, para WOLFGANG RÖMER, "VVG § 178 I Leistungsfreiheit", *Römer/Langheid*, WOLFGANG RÖMER/THEO LANGHEID (coord.), C. H. Beck, Munique, 2003, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 10.09.2012), nm. 2, o dever de prestar mantém-se em todas as hipóteses. Diferentemente, para STEPHAN HÜTT, § 201, cit., nm. 11 e 14, o escopo da norma seria desde logo outro: o da protecção da comunidade de segurados contra condutas dolosas dos seus membros. Ora, para estes efeitos, deveriam o tomador e o segurado ser vistos como uma unidade. Este pensamento valeria irrestritamente quando o tomador não tivesse concedido ao segurado um direito próprio à prestação (o que, segundo o autor, não esgota a categoria dos "Fremdversicherungen"): independentemente de qual dos dois causasse o sinistro, o segurador exonerar-se-ia. Já não seria assim quando o segurado fosse titular de um direito autónomo à prestação, permanecendo o segurador vinculado à prestação perante a causação pelo tomador. O argumento parece ser de Direito positivo: aquela *ratio* "esbarraria" na intenção legislativa de limitar os efeitos da causação. Cfr. JAN BOETIUS, *Private...* cit., p. 185, dando conta da fragmentação doutrinária a este respeito e propondo uma solução intermédia, nos termos da qual apenas se aplica à actuação do tomador o regime da causação dolosa quando o tomador for também representante para efeitos da gestão do risco.

⁹⁶⁹ HEINRICH DÖRNER, "VVG § 183 Herbeiführung des Versicherungsfalles", *MüKo VVG, II*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2011, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 14.01.2015), nm. 6; ULRICH KNAPPMANN, "VVG § 183 Herbeiführung des Versicherungsfalles", *Prölss/Martin Kommentar*, CHRISTIAN ARMBRÜSTER/HEINRICH DÖRNER/DOMINIK KLIMKE (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 17.01.2014), nm. 2. Não assim, como vimos, STEPHAN HÜTT, § 201, cit., nm. 11 e 14.

⁹⁷⁰ ALFRED MAURER, *Schweizerisches...* cit., pp. 356-357, seguido por ANDREAS HÖNGER/MARCEL SÜSSKIND, "Art. 14", cit., p. 249. Saliente-se que também esta doutrina considera de um modo geral

Ora, vimos que não releva o afastamento do tomador relativamente a um parâmetro de diligência no que concerne aos bens seguros quando este não tiver interferência relevante na gestão do risco. Nesse caso, nem sequer preenche os pressupostos do surgimento do dever, pelo que a questão não se chega a colocar.

O tomador apenas estará, pois, *sequer perante o cumprimento da exigência de conduta quando tenha tal interferência relevante na gestão do risco, ou quando actue com dolo de produção do sinistro ou de produção ou empolamento das suas consequências, ou quando tenha negligentemente deixado de transmitir informação a que só ele tinha acesso*. O fundamento para tal é, como vimos, o disposto no regime do contrato a favor de terceiro, com acolhimento nas referências legais do RJCS ao tomador como um dos devedores das várias condutas. Tal não significa, porém, que a atenção à materialidade subjacente e à relação das partes com o risco deixe de relevar. Vejamos.

Em primeiro lugar, porque, face aos deveres de informação, a posse, pelo tomador, de informação de que o segurado não disponha pressupõe desde logo uma especial proximidade do tomador face às circunstâncias do risco. Em segundo lugar porque apenas *releva aqui a conduta pessoal do tomador e, para além da sua, apenas a dos sujeitos que se deva ter como seus representantes na gestão do risco, de acordo com os critérios que veremos abaixo*, em D⁹⁷¹. Ora, a actuação destes face ao risco só relevará se tiverem uma posição exclusiva e autónoma de gestão do risco – o que não ocorrerá quando o próprio tomador não tenha proximidade face ao risco seguro.

Desta construção resulta também que, *nas situações de causação dolosa do resultado pelo próprio tomador, não só se retira consequências deste facto, como*

que a causação pelo tomador afecta a totalidade do contrato, salvo havendo acordo contratual em sentido diverso. Porém, modela a transposição para esta sede das considerações sobre contrato a favor de terceiro, considerando que os "Fremdversicherungen" – *genus* atinente aos seguros por conta de outrem que compreende os verdadeiros seguros por conta de outrem, atinentes apenas aos seguros de danos, bem como os seguros sobre a pessoa de terceiro, não sendo, neste último caso, claro se se trata aqui de contrato sobre a vida de terceiro (mas, eventualmente, a favor do tomador) ou de contrato também a favor de terceiro – repousa no mesmo tipo de considerações que o contrato a favor de terceiro regulado na OR geral, mas que não deve linearmente ser reconduzido a esta estrutura, pois tem peculiaridades. Assim, as lacunas deveriam ser integradas com base nas disposições específicas da VVG, e não com base no regime do contrato a favor de terceiro (ALFRED MAURER, *Schweizerisches...* cit., pp. 313-315).

⁹⁷¹ Nem se diga que o critério deveria aqui ser outro, acenando com um fundamento puramente formal contratual do dever de cooperação do tomador. Com efeito, não aplicar à identificação dos seus auxiliares os parâmetros apertados válidos para identificar os auxiliares do segurado implicaria reintroduzir por aqui todos os riscos de esboroamento da cobertura que se querem precaver naquela sede.

tal acontece sem que se afira da relação do sujeito com o risco. Vimos que é exactamente nesta sede que em alguns ordenamentos estrangeiros se clama por uma excepção⁹⁷²; pelo que não poderemos deixar de a discutir. No que toca ao argumento material invocado no ordenamento alemão, deve dizer-se que a *ratio* do regime da causação dolosa *não pode ser apenas reconduzida à prevenção do risco moral, sendo esta também uma norma que demarca as esferas de risco contratuais.* De resto, o argumento não é usado em sede geral, atribuindo-se à conduta do tomador eficácia preclusiva do direito do segurado, parecendo haver aqui, para lá dos argumentos legais, permeação de argumentos de equidade. Vista daquele prisma, a norma adquire relevo mesmo para lá das hipóteses de oportunismo. Decisivo passa a ser quem deve arcar com o risco relativo à actuação dolosa do tomador – se o segurador, se o segurado. Tudo está em saber se o risco inerente à actuação do tomador é, no caso, assimilável ao risco inerente à actuação de um terceiro.

Assim, *prima facie*, parece-nos não ser de dar cobertura de plano aos sinistros causados com dolo do tomador, apenas para permitir ao segurado aceder aos "deep pockets" do segurador – tal seria uma solução de pura equidade, sem apoio nos critérios mobilizáveis para a decisão⁹⁷³. Admitimos, porém, não sem dúvidas, que a

⁹⁷² No quadrante alemão, têm alguma analogia – não próxima, já que não se trata então de partes contratuais – as considerações defendidas a propósito da causação dolosa do sinistro por um representante – *hoc sensu*, gestor do risco – do segurado, quando aquele actue dolosamente para prejudicar este. Minoritariamente, DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 52-53 considera que, nestes casos, o parâmetro que justifica a imputação de actos de representantes não colhe. Nestes casos, não estaria em causa impedir que o segurado ficasse em melhor posição por ter transferido a gestão do risco; impor-se-ia, sim, evitar que essa transferência o prejudicasse. Ora, face à causação dolosa do sinistro com intuito de o prejudicar, não estaria em causa a prevenção de fraude ou risco moral por parte do segurado, não procedendo as razões que levariam a recusar-lhe a protecção. Refere-se à injustiça da privação de cobertura do segurado, "moralmente alheio à realização do sinistro", no caso de causação dolosa deste pelo tomador, HUBERT GROUDEL, "Faute et assurance", *RCA*, 6, 2003, pp. 56-58, p. 258; porém, considera também (com argumentos atinentes à necessária garantia da aleatoriedade do contrato, que, como vimos, não parecem probantes) que tal solução é a que decorre da lei (dependendo solução diversa de alteração legal).

⁹⁷³ Comentemos mais de perto aquela tomada de posição suíça. Assumimos que o seguro de grupo de que cura a doutrina suíça é de acidentes pessoais, para que a invocação de uma lacuna faça sentido; assumimos ainda que se trate de um seguro de grupo em sentido estrito, para o qual proceda a regra do contrato a favor de terceiro em debate. Não lográmos encontrar na doutrina suíça que a propugna o fundamento jurídico-material para tal interpretação correctiva. Em abstracto, descortinamos dois argumentos potencialmente invocáveis para defesa de tal extensão de garantia. Por um lado, poderia tratar-se – não em face do exemplo das escolas, mas à face dos exemplos em que é o empregador o tomador – de proteger o segurado em situações em que este estivesse facticamente coagido a não interpor uma acção de responsabilidade civil contra o tomador. Por outro, e procedendo em relação a ambas as hipóteses, de proteger aquele contra o risco de insolvência do tomador. À face do disposto quer no RJCS, quer no CC, não parece haver margem *para uma solução de plano nesse sentido*; tão-pouco uma tal solução de plano parece prático-normativamente adequada face à diversidade de constelações que podem estar em causa.

cobertura possa afinal não ser afectada quando não procederem os fundamentos que levam aqui a dar relevo ao dolo do tomador, e que referimos acima. Com o que voltamos, novamente, ao relevo da relação material com o risco que subjaz ao contrato: quando, na economia do contrato, *o tomador que dolosamente produza o resultado surja como um total estranho face ao risco*, tendo sido o seu contacto com este totalmente fortuito – o que não aconteceria nas hipóteses relevadas pela doutrina helvética –, torna-se tanto remoto o perigo de fraude no accionamento da cobertura, como plausível que o segurador tenha dado relevo nulo ou muito diminuto à sua conduta potencial face ao risco. Nestas hipóteses, *o tomador estará muito mais próximo da posição de um terceiro face ao risco*, podendo corrigir-se interpretativamente as normas aplicáveis de modo a excluir a valoração da sua acção como parte contratual. O limite para tal reside, claro está, na ordem pública, que é violado quando o tomador que actue dolosamente possa com tal avantajear terceiros por si escolhidos – tal barra, por exemplo, que o tomador que seja homicida doloso da pessoa segura possa receber o valor de resgate, ou o beneficiário, por ele escolhido, possa receber a prestação⁹⁷⁴.

C. O problema nos seguros de grupo

A localização dos seguros de grupo nestas coordenadas problemáticas é apta a

No plano material, embora se perceba as razões de equidade que podem subjazer àqueles dois argumentos, há que ter em conta que a intervenção do segurador se faz aqui não porque este seja responsável civilmente por qualquer dano: *o dever de prestar do segurador funda-se exclusivamente no contrato celebrado*. Ora, e, em qualquer caso, há que ter em conta que o seguro celebrado não foi de responsabilidade civil do tomador perante os segurados. Não se vê, porque extirpar *um contrato de seguro de responsabilidade civil do tomador face os segurados, à outrance, de onde as partes não o quiseram* – tal equivaleria a uma solução com base na pura equidade, em atenção à maior disponibilidade financeira do segurador e inexistência de barreiras factuais ao seu accionamento. Não seria, porém, uma decisão de equidade como é autorizada pelas normas de responsabilidade civil – arts. 494.º e 570.º do CC – para efeitos de alocação do dano entre lesante e lesado; tratar-se-ia de uma pura requalificação do contrato, sem base legal e mesmo contra os critérios de alocação do risco previstos na lei. A via seria, pois, a do accionamento da responsabilidade civil do tomador perante os segurados, se a causação ou agravamento de danos na esfera destes lhe é imputável – e a boa fé imporá aqui deveres de protecção, mesmo em sede mitigatória. Poder-se-ia também colocar aqui uma questão de responsabilidade por incumprimento dos deveres de informação que impendem sobre o tomador e/ou sobre o segurador (arts. 78.º, n.ºs 1, 4 e 5, e 79.º), ou, sobretudo, do dever de esclarecimento do segurador face às condições do contrato (art. 18.º, n.º 1, corpo), caso os segurados não tivessem tido acesso a todos os elementos necessários à compreensão de que as consequências da actuação do tomador – pense-se ainda no empregador ou escola – não estariam cobertas.

⁹⁷⁴ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 392.

embaraçar o intérprete⁹⁷⁵. Desde logo, porque a lei se serve a este propósito da referência a tomador e segurado em termos diversos daqueles de que se serve em relação aos seguros individuais, deixando desde logo pairar a dúvida sobre a titularidade daquelas exigências de conduta. Assim, o *tomador* refere aqui a contraparte do segurador, que organiza junto deste a cobertura de riscos reportados a terceiros, normalmente assumindo as funções de transmissão da informação contratualmente relevante e da cobrança dos prémios, e ao qual os participantes-segurados se encontram ligados por um vínculo diferente do da constituição do seguro de grupo. Por sua vez, os terceiros segurados são os participantes do grupo em questão, sendo titulares de efeitos jurídicos positivos derivados do contrato de seguro que podem opor ao segurador. Assim, se o que aqui se designa por *tomador tem uma posição aproximada da figura do intermediário de seguros, podendo ter relativamente aos segurados uma relação jurídica que corresponda a um práctico anonimato* – pense-se no emitente de cartão de crédito que é simultaneamente tomador no seguro de viagem associado –, o que aqui se designa por *segurado pode não ser o titular do interesse seguro*, mas apenas o sujeito contratualmente incumbido de o identificar – vg., designando as pessoas seguras e atribuindo-lhes direitos contratuais próprios. Bem se vê, pois, que carece de fundamentação autónoma a referência da generalidade das normas, concebidas para o seguro individual, para os quadros do seguro de grupo⁹⁷⁶.

Depois, porque a categoria dos sentidos de grupo em sentido lato abrange uma multiplicidade de possibilidades de estruturação contratual, cuja escolha geralmente transcende as possibilidades de influência do segurado e que, se tende a reflectir as

⁹⁷⁵ Sobre a figura e o seu acolhimento no ordenamento jurídico nacional, cfr. MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...* cit., pp. 787 e ss., MARGARIDA LIMA REGO, "Seguros colectivos...", cit., pp. 299-310 e o nosso MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, "Seguros de vida contratados como seguros de grupo e crédito à habitação, Anotação ao ac. do TRG de 6.10.2011, Proc. 771/08", *Cadernos de Direito Privado*, 39, 2012, pp. 45-68, pp. 52-61, que em certos pontos retomamos, e para onde nos permitimos remeter.

⁹⁷⁶ Assim, os PEDCS prevêm, no art. 18:201, que, no tocante, ao "accessory group insurance" (contrato de seguro de grupo com estrutura de contrato a favor de terceiro; mas vd. as notas seguintes), a aplicação das disposições do diploma apenas se faz *mutatis mutandis*. Embora o "group organiser" tenha então a qualidade de tomador no contrato de seguro celebrado, em muitos casos os preceitos devem ter-se por referidos aos membros do grupo – PROJECT GROUP RESTATEMENT OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW, *Principles of european insurance contract law*, Sellier, Munique, 2015 (no prelo; consultado em provas para publicação), p. 361, em anotação ao artigo citado. A questão não se coloca já em relação ao "elective group insurance", correspondendo à estrutura de união entre um contrato-quadro e uma plêiade de contratos de seguro individuais, já que, aqui, não sendo o contrato-quadro um seguro, não lhe são à partida aplicáveis aquelas disposições (pp. 367-368).

diferentes relações de proximidade entre a contraparte do segurador e os bens seguros, pode também legitimamente não o fazer. De entre as mais salientes manifestações de tipicidade social do contrato, salientam-se desde logo os seguros de grupo em sentido próprio, configurando um *único contrato de seguro* celebrado entre o segurador e o tomador por conta da comunidade de segurados. Este tem, assim, estrutura de contrato a favor de terceiro. Para lá destas hipóteses, no campo vasto dos *seguros de grupo em sentido lato*, sobressaem as hipóteses de maior alcance prático correspondentes à *união entre um contrato-quadro, celebrado entre o segurador e o tomador, e um contrato de execução*, celebrado entre o segurador e o segurado, sendo no âmbito deste último que se pactua a cobertura do risco – e sendo, por isso mesmo, *este último o contrato de seguro*⁹⁷⁷⁻⁹⁷⁸. Ambas as espécies têm curso no nosso ordenamento, podendo dizer-se que este não prescrevia, nem

⁹⁷⁷ Sobre estas duas figuras, cfr., além da doutrina nacional citada, na doutrina estrangeira, HORST MILLAUER, *Rechtsgrundsätze der Gruppenversicherung*, Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1966, pp. 5 e ss., esp. 13-15; Pierre in HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 1743 e ss. e 1774 e ss.; Bigot, JEAN BIGOT, *Traité de droit des assurances, Tome 3, Le contrat d'assurance*, LGDJ, Paris, 2002, pp. 131-132 e 494-498. Nos PEDCS, a separação fez-se entre "accessory group insurance" e "elective group insurance" (18:101); os primeiros têm a estrutura de contrato de seguro a favor de terceiro de que dizemos em texto, e os segundos a estrutura de contrato-quadro acompanhado de contratos de seguro individuais de que aí curamos. Na definição do "accessory group insurance", porém, os PROJECT GROUP RESTATEMENT OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW, *Principles...2015*, cit., p. 358, C4, em comentário ao art. 18:101, considera-se que nestes casos a inclusão no grupo é automática, não podendo ser recusada pelo membro – o que tem que ser entendido em termos hábeis, já que, na verdade, pode haver estruturas de contrato a favor de terceiro assentes em declarações não negociais, mas de ciência, por parte dos membros do grupo, não havendo em rigor tal automatismo.

⁹⁷⁸ Trata-se aqui tipicamente de um contrato-quadro, também dito contrato-directiva, que serve a preparação e simplificação da celebração de uma multiplicidade de contratos futuros, entre as mesmas partes, uma delas e terceiros, ou mesmo entre terceiros. Diferentemente de um contrato preparatório, porém, o contrato-quadro não obriga à conclusão de contratos singulares, apenas determinando o seu conteúdo caso venham a ser celebrados. Trata-se, pois, de um *pactum de modo contrahendi*, e não de um *pactum de contrahendo* (JAN BUSCHE, "Vorbemerkung vor § 145", *MiKo BGB, I, Allgemeiner Teil*, FRANZ JÜRGEN SÄCKER (coord.), C. H. Beck, Munique, 2015, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 28.08.2015), nm. 41-42; WOLFGANG FIKENTSCHER/ANDREAS HEINEMANN, *Schuldrecht*, De Gruyter, Berlim, 2006, pp. 84-85). A doutrina italiana designa-os por contratos normativos, referindo-se, a propósito dos que definam o clausulado de *futuros contratos com terceiros, a contratos normativos externos* (cfr. SERGIO MAIORCA, "Normativo (contratto)", in *Dig. Civ., XII*, UTET, Turim, 1995, pp. 169-230, pp. 170-171, segundo o qual a distinção procede já de Hueck; VINCENZO ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 496-498 e, na doutrina nacional, MARIA HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial, Descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 197 e ss.; usa a terminologia também JOÃO CALVÃO DA SILVA, "Seguro-caução: protocolo como contrato-quadro e circunstância atendível para a interpretação da apólice, Anotação aos Acórdãos do STJ de 29 de Junho de 1999 e do TRL de 15 de Março de 2000", *RLJ*, 3908-3909, 2000, pp. 345-384, pp. 379-380, reportando-se antes ao contrato-quadro como o que gera uma obrigação futura de contratar). Trata-se de uma figura ligada à contratação estandardizada, inserindo-se tipicamente na organização da oferta por um predisponente que se sirva de cláusulas contratuais gerais, permitindo-lhe servir-se de cláusulas claras, pré-elaboradas e adequadas aos seus interesses – SERGIO MAIORCA, "Normativo...", cit., pp. 183-186.

prescreve, uma estrutura específica de construção do seguro de grupo⁹⁷⁹.

Pergunta-se, pois, como podem relevar face a estas estruturas as exigências de conduta em causa. Formalmente, pareceremos estar perante dois paradigmas diversos. Assim, no caso dos *seguros de grupo em sentido próprio*, que são *contratos de seguro com estrutura de contrato a favor de terceiro*, teríamos que nos haver com a norma do CC que vimos de analisar: concluindo-se que a exigência de conduta em causa impendia também sobre o tomador, seria o seu incumprimento uma excepção invocável perante o terceiro. Já no caso de seguros de grupo assentes num contrato-quadro, a questão não se poderia perspectivar do mesmo modo. Com efeito, ainda que se chegasse a idêntica conclusão quanto à titularidade da exigência de conduta, a estrutura em causa *barraria já a transposição dos efeitos da violação de deveres de cooperação de uma das partes perante a outra, num contrato diverso do contrato de seguro e realizado entre partes diversas* – o contrato-quadro – para o contrato de seguro⁹⁸⁰. *Salvo quando o contrato disponha diversamente* – e, aí, sob escrutínio do regime dos contratos de adesão, como estarão aqui geralmente em causa⁹⁸¹ – as coordenadas de resolução da questão parecem ser as que se seguem.

Na estrutura do *seguro de grupo enquanto união de contratos*, não há porque verter, de plano, sobre o tomador as disposições sobre condutas ligadas ao risco *aplicáveis ao tomador num contrato de seguro individual, pela razão de que o tomador não é, no caso em apreço, parte num contrato de seguro*. O verdadeiro tomador neste último sentido é o *segurado* – o que salta à vista aliás no regime dos seguros de grupo contributivos. Claro está que, no polimorfismo que caracteriza estes contratos, várias condutas tipicamente a cargo de um tomador em sentido próprio – vg., avaliação e declaração inicial do risco – poderão ser colocadas a cargo do tomador⁹⁸². Quando o não forem, porém, não há porque assumir que estejam a cargo deste último.

A valoração da conduta do tomador decorrerá aí da própria relação deste com

⁹⁷⁹ Também assim, JOSÉ ALVES DE BRITO, "Anotação ao art. 76.º", in *LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 323-325

⁹⁸⁰ Assim, VINCENZO ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 497-498, salientando que o incumprimento do contrato-quadro deixa intocado o contrato celebrado com terceiro em sua execução.

⁹⁸¹ Caso no contrato de seguro se insira, em decorrência dos termos do contrato-quadro, cláusula que valere o incumprimento pelo tomador, esta será suspeita de invalidade quando tomador não participe de todo na gestão do risco. Com efeito, tal cláusula poderia constituir uma inversão, contrária à boa fé, da distribuição do risco própria do contrato, e ademais pouco transparente, já que retiraria da esfera dos factos assimiláveis a caso fortuito a conduta de um tomador que apenas fortuitamente contactasse com o risco.

⁹⁸² HORST MILLAUER, *Rechtsgrundsätze...* cit., pp. 16 e ss.

o segurador, que lhe poderá impor deveres de cooperação quando se encontre em contacto com o risco – ao menos, de não prejudicar deliberadamente a posição contratual da sua contraparte segurador face ao contrato cujos termos ambos dispuseram. Assim, ainda que a sua conduta violadora da boa fé contratual possa ser valorada no âmbito dessas relações, não poderão já daí ser retiradas consequências para o segurado⁹⁸³.

Diferente enquadramento merece a questão no âmbito do seguro de grupo em sentido próprio. Aqui, o tomador é verdadeiramente parte num contrato de seguro, pelo que se lhe aplicariam à partida as disposições que concernem o tomador num seguro individual.

O alcance de tudo isto é, contudo, muito menor do que pareceria. Desde logo porque, quando esteja em causa a valoração de um parâmetro de diligência por parte do tomador, valem aqui as correcções introduzidas acima, nos termos das quais a conduta só é sequer valorada na sua esfera se o tomador tiver interferência na gestão do risco. Fora das situações de participação na gestão do risco, seria uma excepção oponível ao segurado apenas a actuação dolosa do tomador. Porém, aqui mais facilmente será defensável a limitação deste resultado por apelo à materialidade subjacente. Com efeito, o facto de o tomador surgir como tal relativamente a uma multiplicidade de contratos, onde figura com papel aproximado ao de um mediador, mais facilmente o projecta para a esfera dos terceiros face ao risco seguro, cuja actuação reveste para o segurado a configuração do caso fortuito. Essa alteridade do tomador face ao risco seguro deve, pois, ser afirmada com maior facilidade. A favor da maior blindagem do segurado militará também o carácter contributivo do seguro – que, lembre-se, deverá de algum modo resultar do contrato⁹⁸⁴ –, que, em termos de tutela devida ao segurado, tende a assimilar a sua posição do segurado à de um verdadeiro tomador (art. 87.º, n.º 2).

Saliente-se, de resto, que, sendo na prática muito frequentemente os tomadores de seguro de grupo entidades dotadas de certa dimensão económica e mesmo pessoas colectivas, a questão tenderá a ter uma relevância prática restrita, já

⁹⁸³ Esta estrutura implica, pois, a transferência de mais riscos para o segurador. Este resultado poderia merecer censura, pensando-se na sucedaneidade de princípio das várias estruturas do seguro de grupo. Parece-nos, porém, adequado que aqui o risco inerente à opção por dada estrutura negocial recaia sobre o sujeito que decide sobre essa mesma estrutura – e que é tipicamente o segurador. É em geral na sua disposição que assenta a possibilidade de se salvaguardar, oferecendo à contratação clausulados com a forma de seguro em sentido próprio.

⁹⁸⁴ Insistindo neste ponto, MARGARIDA LIMA REGO, "Seguros colectivos...", cit., p. 323.

que a actuação destes sujeitos se faria através de terceiros, dependentes ou não – cuja actuação apenas relevaria, por sua vez, nos termos da responsabilidade pela actuação dos representantes na gestão do risco.

D. Actuação do Tatbestand por terceiros em contacto com o risco

O art. 437.º, 3.º, do CCom previa, como vimos, em sede específica de causação do sinistro, a consequência da cessação da eficácia do seguro se o sinistro fosse causado pelo segurado ou por pessoa por quem este fosse civilmente responsável⁹⁸⁵. Esta norma não tem sucessoras no Direito vigente. Ao contrário do que acontece em sede de culpa do lesado – cfr. art. 571.º do CC, – o RJCS não se pronuncia quanto à imputação ao segurado ou tomador da actuação de terceiro. O mesmo se poderia apontar ao silêncio da VVG alemã, contrastivo com o § 254, II, *in fine*, do BGB; contudo, a questão esteve longe de passar incontroversa neste ordenamento.

A ordem jurídica alemã foi desde cedo activa no afastamento da consequência que, daí, *prima facie* se desprenderia, *rejeitando que de tal facto se pudesse implicar que o tomador apenas responderia por culpa própria* (nos termos de um "Selbstverschuldensprinzip"). Muito particularmente, recusa-se que essa conclusão possa ser extraída da exclusão de sub-rogação contra familiares vivendo em economia comum (anterior § 67, II, actual § 86, III, no qual caiu a referência ao laço de parentesco)⁹⁸⁶. A resposta surgiu por via pretoriana, respondendo a uma preocupação dúplice: antes de mais, recusar a aplicação nesta sede do regime geral da responsabilidade por actos de auxiliares, constante do § 278, que levaria muito longe as possibilidades de comprometimento da cobertura; depois, não deixar de dar relevo à conduta de certos sujeitos em especial contacto com o risco, agora visando não sobrecarregar a "Gefahrgemeinschaft" com as consequências da sua actuação, esvaziando as *Obliegenheiten* do seu conteúdo útil⁹⁸⁷. A primeira preocupação foi

⁹⁸⁵ À face deste artigo, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 104, defendia porém não ser imoral que o segurado recebesse a prestação do segurador quando o sinistro fosse causado dolosamente por terceiros dependentes dele ou do tomador.

⁹⁸⁶ Cfr., sobre esta recusa, HANS MÖLLER, "§ 61", cit., pp. 586-587. Antecipando o que diremos em texto, note-se que o círculo dos representantes é muito mais estreito do que o dos sujeitos vivendo em economia comum com o segurado.

⁹⁸⁷ Sobre esta evolução jurisprudencial, com particular acentuação do que diremos de seguida, SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 145 e ss.; na doutrina tradicional, cfr. HANS

inicialmente resolvida com certo formalismo, mediante argumentos de natureza jurídica: considerando-se que as *Obliegenheiten* tinham natureza de *meros pressupostos da prestação seguradora*, e não já de deveres, ser-lhes-ia inaplicável o regime geral do §278, concebido para estes últimos. À segunda preocupação deu resposta a paulatina construção da categoria dos "Repräsentanten", cuja actuação releva à face do contrato de seguro como se proviesse do próprio tomador.

O círculo dos "Repräsentanten" é descrito pela jurisprudência actual, *na concretização de um critério de administração do risco*, como o círculo dos terceiros que, devido a uma relação de representação ou análoga, ingressou no âmbito negocial em causa, actuando na posição do segurador⁹⁸⁸. O "âmbito negocial" vem aqui tomado num sentido muito lato, podendo compreender a actuação em âmbitos privados, e que por isso nos surge como análogo ao que vale em sede de gestão de negócios. O terceiro deve, pois, ter *substituído o segurado* na actuação que este teria neste âmbito. Tal implica que o segurado tenha *deixado totalmente ao terceiro a tutela dos bens em causa*, tendo-se *demitido desta tutela*, e fazendo-o *por um período de uma certa duração*. O período de tempo relevante depende do tipo de seguro em causa, devendo ser densificado de modo a não desvalorizar a cobertura – já que há seguros, como o de bagagens em viagem, que supõem exactamente que se deixe os bens seguros à guarda de terceiros⁹⁸⁹. Acresce

MÖLLER, *Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers für das Verhalten Dritter*, Walter de Gruyter, Berlim, 1939, pp. 91-92; para a evolução do conceito de "Räpresentanz", DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 30 e ss.

⁹⁸⁸ O conceito vai-se manifestando na casuística, estando ainda em evolução. Em texto, seguimos a descrição apresentada em DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 36 e ss., relativamente à qualificação como representante "kraft Risikoverwaltung". Para além deste critério, a jurisprudência tem admitido ainda a qualificação "kraft Vertragsverwaltung", dispensando a parte dos critérios que concerne à substituição total do segurado pelo terceiro na tutela dos bens em causa, e fixando-se apenas no critério de o terceiro ter ficado responsável pela "gestão do contrato" por força de relação de representação ou similar. Este critério foi amplamente criticado pela doutrina, já que a concessão da "gestão do contrato" – vg., do pagamento dos prémios, ou mesmo do direito a exigir a prestação, em caso de transferência dele – a um terceiro – vg., advogado – nada implica quanto à proximidade face ao risco (para além da obra citada no início da nota, cfr. AXEL KAMPMANN, "Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Repräsentantenbegriff – Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.4.1993 (IV ZR 34/92) VersR 93, 828 mit Anm von Lücke VersR 93, 1098", *VersR*, 7, 1994, pp. 277-281, p. 279; minoritariamente favorável, WOLFGANG RÖMER, "VVG § 6 Obliegenheitsverletzung", *Römer/Langheid*, C. H. Beck, Munique, 2003, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 10.09.2012), nm. 150. Este critério poderia já valer no tocante aos deveres de informação, onde tem, aliás, sido maioritariamente usado; porém, aí surge preferencial o recurso à figura dos representantes nas declarações de ciência e no conhecimento, às quais esta jurisprudência retiraria o espaço normativo.

⁹⁸⁹ Assim, por exemplo, no que toca ao relevo da actuação dos familiares, estes não são havidos como representantes pelo mero facto de terem a tutela conjunta dos bens, ou de ficarem com esta em exclusivo durante uma ausência transitória do segurado – vg., viagem ou internamento hospitalar. Por outro lado, quanto ao que dizemos de seguida, saliente-se que para este se ter como gestor

que o terceiro deve ter ficado desse modo autorizado a gerir o risco de modo autónomo e significativo. Não se impõe para tal que fique com poderes de actuação negocial, sendo, sim, relevante, de acordo com uma ponderação de interesses, saber se ficaram a seu cargo as actividades tipicamente necessárias para a prevenção do tipo de risco em causa – assim, vg., quando esteja em causa um seguro contra incêndios, atinente a coisas imóveis, entende-se que o arrendatário não figura como representante, ainda que seja responsável pelas instalações eléctricas, técnicas e sanitárias do locado.

A actuação dos representantes assim identificados só releva, porém, quando o segurado lhes tenha *voluntariamente transmitido a gestão do risco*⁹⁹⁰. Por outro lado, a actuação do segurado deve ter uma conexão interna com a gestão do risco – o que exclui em geral o relevo da sua actuação para preenchimento das *Obliegenheiten* de conteúdo informativo, salvo quando estiverem num *nexo especialmente forte com a gestão do risco* – entende-se, pois, que o gestor do risco que causa o sinistro deve também transferir informação quanto a tal.

Toda esta questão se prende com as hipóteses normativas face às quais estão em causa actuações materiais da parte do tomador ou de terceiros – caso das *Obliegenheiten* de não agravamento do risco ou de adopção de medidas de salvamento, bem como do regime da causação do sinistro. Para as hipóteses normativas em que está já em causa a transmissão de informações ao segurador, relevou o conceito quer dos representantes nas declarações de ciência ("Wissenserklärungsvertreter"), quer dos representantes no conhecimento ("Wissensvertreter"). No primeiro caso, trata-se de *recortar os sujeitos que o segurado incumbe da prestação de informações ao segurador*; no segundo, de recortar os sujeitos que são "representantes do tomador na obtenção de conhecimento", ou seja, *cujos conhecimentos são imputados ao tomador*. Assim, enquanto que as primeiras situações assentam necessariamente na vontade do

autónomo do risco, não basta a comunidade de vida, sendo tal posição afirmada, sim, quando, vg., o cônjuge é administrador da empresa familiar comum. Cfr. DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 56-57. Cfr., a este propósito, o ac. do BGH de 21.04.1993, IV ZR 33/92, afirmando que o filho maior da segurada, que com ela residia ao tempo do furto, não podia ser havido como seu representante para efeitos de um seguro do recheio da casa, já que não tinha a seu cargo a custódia exclusiva de tal recheio (o que permitiu no caso rejeitar o relevo para efeitos do contrato de seguro da participação criminosa do filho da segurada).

⁹⁹⁰ Admite-se que valham aqui os princípios da "Duldungsvollmacht" – sabendo o segurado de que o terceiro se arroga dessa qualidade e não intervindo apesar disso –, mas rejeita-se a imputação na base de uma mera procuração aparente, assente na negligência do segurado. Cfr. DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 50.

segurado, já não é esse o caso das segundas, podendo as mesmas decorrer directamente da lei⁹⁹¹.

Assim, pelas *actuações dos sujeitos que encarregar da transmissão de declarações de ciência*, o segurado não pode deixar de responder perante o segurador. O fundamento de tal não é incontroverso. A maioria da doutrina convoca nesta sede o § 166 do BGB – que, de conteúdo análogo ao nosso art. 258.º, regula a matéria da esfera relevante para aferir da falta e vícios da vontade, bem como do conhecimento disponível⁹⁹². Outra parte considera que, tratando-se aqui de uma questão não apenas de imputação de estados subjectivos, mas também logo de imputação do acto declarativo ou da sua omissão, o citado artigo não forneceria base suficiente, sendo então necessário lançar mão do § 278. Outra posição ainda – e que nos parece mais acertada – considera que a analogia aqui relevante é com a norma atinente aos efeitos da declaração do representante – o § 164, I, análogo ao nosso art. 258.º do CC⁹⁹³. Valem, pois, aqui analogamente as *regras da representação voluntária*: entende-se que as regras sobre a atribuição a outrem de poderes de emissão de declarações de vontade negocial em nome do segurado valem também para as hipóteses em que se trate apenas da *emissão de declarações de ciência*. Para que se conclua pela actuação do terceiro a este título valem, pois, adaptativamente, os pressupostos da actuação em representação. É necessária a *concessão de poderes de actuação de representante no conhecimento* face ao cumprimento da *Obliegenheit* em causa – não é necessário que deva actuar como tal à face de todo o contrato⁹⁹⁴. Por outro lado, a declaração de ciência deve ser entendida pelo segurador como *sendo do próprio representante*, e não como tendo sido inteiramente determinada pelo segurado – sob pena de o primeiro actuar como mero núncio. Por último, o representante deve actuar em nome do segurado.

⁹⁹¹ Esta distinção surge muito clara já em HANS MÖLLER, *Verantwortlichkeit...* cit., pp. 25 e ss. De um lado, trata-se de uma questão de imputação do conhecimento: a de saber quando se deve ter o segurado por conhecedor, quando na verdade não seja ele, mas um terceiro, a deter o conhecimento relevante. Do outro, trata-se de uma questão de atribuição voluntária a terceiro de certas competências de actuação, com efeitos na esfera do atribuinte; cfr., mais recentemente, AXEL KAMPMANN, "Änderung...", cit., p. 278.

⁹⁹² Afirmando o § 166 já como fonte directa da imputação em caso de representação nas declarações de ciência, WOLFGANG RÖMER, § 6, cit., nm. 160.

⁹⁹³ DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 88, e CHRISTINA BRUNS, *Voraussetzungen und Auswirkungen der Zurechnung von Wissen und Wissenserklärungen im allgemeinen Privatrecht und im Privatversicherungsrecht, Eine Untersuchung von Zurechnungsmechanismen außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs*, VVW, Karlsruhe, 2007, especialmente pp. 70-71.

⁹⁹⁴ DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 91 e ss., quanto a tudo o que dizemos de seguida. Basta ainda que o terceiro tenha sido incumbido pelo segurado de proceder à emissão de tais declarações, não se exigindo que tenha havido a emissão de procuração

Neste caso, por aplicação do § 166, os estados subjectivos relevantes são directamente aferidos na esfera do representante⁹⁹⁵. O problema da identificação dos "Wissensvertreter" coloca-se quando estes não são sujeitos incumbidos pelo segurado da transmissão de informações. O critério tradicional para a sua identificação refere-se aos sujeitos que *são incumbidos pelo segurado*, não estando enquanto tal numa posição de significativa subordinação, *de lhe levar ao conhecimento determinadas circunstâncias relevantes e, quando necessário, reencaminhá-las a terceiros*. É importante frisar que o sujeito deve cumprir esta tarefa *no âmbito da sua própria responsabilidade, devendo ser competente para a gestão dessa informação*⁹⁹⁶. Apenas releva aqui a informação adquirida pelo representante nos quadros dessa sua competência. Estes critérios reconduzem-se ao fundamento maioritariamente reconhecido para tal imputação, que é o da aplicação analógica do § 166. Este não é, em si, porém, em rigor, um fundamento, mas apenas um critério de imputação. Na busca de um fundamento, invoca-se desde logo a analogia face às situações de representação passiva, assente no § 164, III, já que, também nas hipóteses em apreço, não se trata de valorar uma actuação do representante, mas antes de fazer valer na esfera do segurado efeitos recebidos na esfera daquele. E invoca-se em geral a base principiológica do § 166, que seria a de *colocar sobre quem encarrega terceiro da prossecução de certos negócios no exercício de uma competência própria, deve responder pelo conhecimento adquirido pelo terceiro no exercício de tal actividade*⁹⁹⁷. Assim, entende-se que, em geral, quem tiver a qualidade de representante na gestão do risco, terá também a de representante quanto ao conhecimento⁹⁹⁸.

As soluções fundadas na "Repräsentantenhaftung" e na "Wissenserklärungsvertretung" e "Wissensvertreterhaftung" têm curso actual no

⁹⁹⁵ DIRK LOOSCHELDERS, § 17 Haftung... cit., nm. 120.

⁹⁹⁶ DIRK LOOSCHELDERS, § 17 Haftung... cit., nm. 115-116. Mais recentemente, a jurisprudência tem adoptado nesta sede um critério menos assente no facto de ter havido a atribuição concreta de certa tarefa e mais, na linha dos critérios gerais, pela razão de tal resultar da estrutura fático-organizatória do segurado. A doutrina considera, porém, que desta decorreria geralmente de modo concludente tal atribuição de tarefas – cfr. DIRK LOOSCHELDERS, § 17 Haftung... cit., nm. 111-113.

⁹⁹⁷ Fincada no primeiro fundamento, CHRISTINA BRUNS, *Voraussetzungen...* cit., pp. 152-154 e 157-158; DIRK LOOSCHELDERS, § 17 Haftung... cit., nm. 119; sobre aquele fundamento geral do § 166, MICHAEL VALENTIN, "BGB § 166 Willensmängel; Wissenszurechnung", *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH (coord.), Beck, Munique, 2013, disponível em (consultado pela última vez a , nm. 17.

⁹⁹⁸ DIRK LOOSCHELDERS, § 17 Haftung... cit., nm. 122-123, 126.

ordenamento alemão – quer em sede de *Obliegenheiten*, quer face ao regime da causação do sinistro –, tendo sido intenção expressa do legislador da reforma da VVG deixar a determinação de critérios de imputação, nesta sede, à jurisprudência⁹⁹⁹. Se alguma doutrina afirma que valem como direito consuetudinário¹⁰⁰⁰, outra evoca as flutuações que a categoria conhece para lhe recusar tal carácter: tratar-se-ia antes de uma manifestação de desenvolvimento do Direito *praeter legem*¹⁰⁰¹. De resto, a categoria não é isenta de crítica, considerando-se que constitui um desnecessário desenvolvimento sem esteio legal, com a labilidade que tal implica, quando o regime da responsabilidade pela actuação dos auxiliares no cumprimento seria um ponto de apoio mais adequado; e, face à causação do sinistro, nega-se que se deva impor a responsabilidade pela actuação de terceiros¹⁰⁰².

A vigência deste recorte da responsabilização de terceiros foi durante tempo considerável uma especificidade alemã, sendo recusada inclusivamente nos ordenamentos que têm com o alemão mais significativos vasos comunicantes – sobretudo, a Áustria, dotada durante considerável período de tempo de idêntico texto legal, mas também a Suíça, em que é ainda maioritária a afirmação do "Selbstverschuldensprinzip"¹⁰⁰³. Diversamente, noutros ordenamentos, como o italiano, é tradicional fazer-se decorrer a responsabilidade pela actuação de terceiros da própria natureza jurídica das condutas, sendo aquela afirmada por quem lhes atribui natureza de deveres jurídicos ou, qualificando-os como ónus, não os dota de

⁹⁹⁹ ALEMANHA, *VVG-RegE*, cit., p. 79, considerando, face ao § 81, e do conceito de representante a esse propósito desenvolvido pela jurisprudência, deixar à jurisprudência a resposta à questão da responsabilidade do tomador por actos de terceiro, já que uma norma geral da questão perturbaria a consideração casuística dos vários critérios que devem ser em concreto ponderados. Este argumento histórico é amiúde invocado pela doutrina – vg., MANFRED WANDT, "Vorbemerkung zu § 28 VVG", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 26.11.2013), nm. 19, nele apoiado, rejeita a aplicação do § 278 BGB nesta sede, já que esta equivaleria a forçar a norma geral enjeitada pelo legislador.

¹⁰⁰⁰ HANS MÖLLER, "§ 61", cit., p. 587.

¹⁰⁰¹ DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 26, 34-35.

¹⁰⁰² Assim, JÜRGEN PRÖLSS, "§ 61 Herbeiführung des Versicherungsfalles", cit., nm. 6-7 e 41-43, considerando que não se trata aqui de valorar a consecução de um resultado, mas a adopção de uma conduta – e que não haveria fundamento para a valorar na esfera de um terceiro. Não procederia o argumento da igualdade, impondo que se tirasse consequências de o sujeito inserir outros potenciais causadores do sinistro no risco coberto, alargando-o. O autor considera que o facto de um sujeito com menos probabilidade ser abrangido por uma exclusão do risco não justifica que se venha piorar a sua situação para a nivelar à dos demais segurados. Com o que falha, porém, o ponto: não se trata aqui simplesmente de uma nivelção entre os segurados face à maior ou menor importância que tenha na sua esfera cada exclusão, mas de uma nivelção face a uma *exclusão do risco a cuja aplicação o segurado se logra furtar* fazendo-se substituir por terceiros.

¹⁰⁰³ HANS MÖLLER, "§ 61", cit., p. 587.

diferenças materiais face aos deveres¹⁰⁰⁴.

A tendência para uma consideração diferenciada, na linha alemã, vem-se, todavia tornado visível. É assim na Áustria. A prática jurisprudencial continua fincada no "Selbstverschuldensprinzip", compensando-se o estreitamento que daí resulta com um afrouxamento do parâmetro da culpa¹⁰⁰⁵ – por exemplo, recorrendo-se com relativa largueza à figura da culpa da organização. Em sede de deveres de comunicação, de resto, este princípio surge arredado quando o segurado tenha nomeado outrem em geral para seu representante na execução do contrato de seguro; na jurisprudência mais recente, considera-se que basta para a imputação que o segurado tenha encarregado tal terceiro de proceder à notificação do sinistro. Por seu lado, a doutrina vem-se mostrando favorável ao acolhimento, de *iure condito*, dos princípios da responsabilidade pelos representantes, por convocação, teleologicamente corrigida, do regime da responsabilidade pela actuação de auxiliares¹⁰⁰⁶. Também na Espanha assistimos a tentativas de dar relevo diferenciado à actuação de terceiros, em função da sua relação com o risco. SANCHEZ CALERO considera, a propósito do regime do salvamento, simplesmente que tanto o tomador como o segurado respondem pelos actos dos seus dependentes – não por força de valoração específica em sede de LCS, mas porque a lei determina em geral o dever de responder pelos actos dos dependentes, em sede contratual ou extracontratual (1903. CC)¹⁰⁰⁷. A questão é mais longamente debatida por ALFONSO SÁNCHEZ, que considera que há aí que distinguir¹⁰⁰⁸. A autora frisa, na senda da jurisprudência espanhola¹⁰⁰⁹, que do que se trata é sempre tão-só de valorar o cumprimento de um dever que incumbe ao tomador ou ao segurado, em atenção aos meios humanos de que estes se devem servir para que tal dever se tenha por cumprido. Ora, com base tanto na ideia de que tal dever incumbe sobretudo ao segurado, que é o sujeito próximo do risco, como em argumentos normativos extraídos da regulação do dever de salvamento em sede de seguros marítimos – que o faz valer apenas em relação ao segurado –, a autora considera que se deve aqui ser

¹⁰⁰⁴ Para o primeiro enquadramento, GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata...* cit., pp. 203-213; para o segundo, ANTIGONO DONATI, *Trattato...II*, cit., p. 392.

¹⁰⁰⁵ DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 138-139.

¹⁰⁰⁶ ATTILA FENYVES, "§ 6", cit., pp. 23-24.

¹⁰⁰⁷ FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Art. 17...", cit., p. 418.

¹⁰⁰⁸ ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ, "Una aproximación...", cit., pp. 93-94.

¹⁰⁰⁹ Cfr. os acs. do *Tribunal Supremo* de 1 de Outubro de 1994 e da *Audiencia Provincial* de Ourense, de 1 de Dezembro de 1998, citados pela autora na p. 93.

mais exigente em relação a este sujeito. Assim, no caso dos dependentes do segurado, deveriam ser valoradas como de incumprimento as situações em que estes, encontrando-se, por força dos ramos em que estejam empregados ou por ocasião das suas funções, próximos do objecto do interesse seguro, não exercessem por iniciativa própria as condutas implicadas pelo salvamento, sem necessidade de serem instados a tal pelo segurado, e mesmo que este não conhecesse o evento danoso.

Diferentemente, não se encontrando os dependentes do tomador próximos do objecto do interesse seguro, apenas seria exigível a sua actuação quando posta em marcha pelo próprio tomador que tivesse conhecimento do sinistro e os envolvesse nas tarefas de salvamento. O que daqui resulta é um critério axial de identificação da esfera de responsabilidade em que se encontre o objecto sobre o qual incide o risco seguro: o seu titular sofre as consequências do incumprimento quando os respectivos auxiliares não levem a cabo espontaneamente as acções de salvamento.

Por outro lado, a propósito dos seguros cujo interesse seguro corresponda ao âmbito pessoal do segurado, alguma doutrina espanhola considera mais adequado situar noutra sede normativa a fonte da valoração da conduta de outros sujeitos que não o segurado ou tomador, já que o art. 1903. abarcaria sobretudo os filhos sob a guarda do segurado ou tomador que, por força das suas circunstâncias *vg.*, de idade, capacidade e proximidade em relação ao objecto seguro, estivessem em condições de levar a cabo tal actividade. Prefere-se, assim, a convocação do art. 1564. do CC espanhol, inscrito no regime do arrendamento, que responsabiliza o arrendatário pela perda ou deterioração da coisa locada quando causada por “pessoas da sua casa”, geralmente compreendidas como as pessoas que habitam na casa¹⁰¹⁰.

Não parece, porém, bem fundada a *ratio* da convocação analógica, já que o sentido das normas que se pretende aproximar é bem diverso. Do lado do arrendamento, temos a concretização do dever de restituir o objecto nas condições em que foi locado (1561. do CC espanhol) – o que coloca, em sede dos riscos que provenham de factores inerentes ao uso do locado, o pêndulo por inteiro no lado do locatário. Já do lado do seguro, estamos perante a delimitação do risco cuja transferência é central para o contrato, e que poderá perder em substância se não

¹⁰¹⁰ MARIA DOLORES GRAMUNT FOMBUENA, "Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones", in *Ley de Arrendamientos Urbanos, Comentarios y Jurisprudencia doce años después*, EUGENIO LLAMAS POMBO (coord.), La Ley/ Wolters Kluwer, Madrid, 2007, pp. 701-764, p. 709.

abarcam a referência a factores decorrentes da esfera de actuação do segurado.

Olhando agora para o tratamento a dar às questões no nosso ordenamento, comecemos por salientar que *há problemas que se deixam resolver por recurso às regras gerais*. É o caso dos actos do representante legal do incapaz, que, nas hipóteses *em que estão em causa condutas de gestão do risco*, são imputáveis ao representado por via do regime da responsabilidade por actos de auxiliares no cumprimento¹⁰¹¹; bem assim as condutas informativas, embora, quando o representante legal celebre o negócio por conta própria, na qualidade de devedor de alimentos, estas últimas lhe adviessem já por via da qualidade de tomador incumbido da gestão do risco.

O enquadramento dos deveres de informação, recebe, no tocante aos representantes para a emissão de declarações de ciência, enquadramento bastante através da aplicação analógica das regras da representação¹⁰¹². Trata-se aqui das situações em que o segurado *incumbe outrem de emitir declarações de ciência em execução das suas obrigações*, procedendo a analogia face às situações em que uma parte no contrato incumbe um terceiro da emissão em seu nome de declarações negociais¹⁰¹³. A base legal da analogia é, pois, o art. 258.º, que regula os termos da produção de efeitos pelas declarações – no caso, de vontade; aqui, de ciência – emitidas pelo representante¹⁰¹⁴. Trata-se, em qualquer caso, de uma imputação baseada na atribuição voluntária, pelo representado, de competências ao representante para emitir declarações de ciência produtivas de efeitos na sua esfera. Como tal, imputa-se ao primeiro tanto as consequências da transmissão cabal ou imperfeita, como da sua omissão. Para que se possa concluir pela sua verificação, devem ocorrer os três pressupostos vistos acima, análogos aos da representação: a *concessão de poderes para actuar*; a emissão de uma *declaração de ciência própria*

¹⁰¹¹ É assim na Alemanha e na Áustria – DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 27 e 134.

¹⁰¹² DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 21.

¹⁰¹³ Assim concluía, face ao ordenamento alemão, já HANS MÖLLER, *Verantwortlichkeit...* cit., pp. 30-31; mais recentemente, DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 21. Considerando que a questão pode ser simplesmente resolvida, no ordenamento austríaco, também por apelo às regras gerais, ATTILA FENYVES, "§ 6", cit., pp. 24-25.

¹⁰¹⁴ Com efeito, trata-se aqui de uma atribuição de poderes a terceiros, e não da imputação, por força da lei, de relevância a estados subjectivos alheios. Por outro lado, o facto de se tratar aqui do incumbir de outrem da emissão de uma declaração especificamente dirigida à esfera do segurador, se impõe o estreitamento do círculo face ao que seria a esfera lata dos auxiliares no cumprimento (cfr. DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 87), dispensa dos requisitos ulteriores de densificação de uma efectiva transferência da gestão do risco.

por parte do representante; e a actuação em nome do segurado, em termos de ser *evidenciada a actuação representativa*¹⁰¹⁵. Nestes casos, vale também analogicamente o disposto no art. 259.º, n.º 1, *in fine*, apurando-se dos conhecimentos e estados subjectivos relevantes na esfera do representante. Isto deve valer ainda que se trate de hipóteses de actuação dolosa do representante. Conquanto se pudesse aqui esgrimir com a finalidade preventivo-repressiva das consequências, a militar contra a sua aplicação com base na conduta de outrem que não o afectado, tal argumentação não é decisiva, já que, de outro modo, se abririam vias a uma grande desprotecção do segurador¹⁰¹⁶.

Estas situações distinguem-se, claro está, daquelas em que o segurado incumbe um terceiro da transmissão de uma declaração de ciência totalmente vinculada: o terceiro actuará então como mero nuncio. Na prática, dado o carácter dinâmico e dialógico do apuramento das circunstâncias do sinistro, não é de esperar porém o recurso a sujeitos meramente incumbidos da transmissão da declaração de ciência pré-determinada pelo segurado. Mais plausivelmente, tratar-se-á de sujeitos incumbidos de completar a informação fornecida pelo segurador com recurso a conhecimentos próprios. Nestes casos, actuarão já como representantes na emissão de declarações de ciência, e não como simples nuncios¹⁰¹⁷.

O problema coloca-se de um modo diverso quando o *Tatbestand* se refere a actuações materiais relativas aos bens seguros. Assentar aqui no princípio segundo o qual o segurado apenas responderia por culpa própria levaria a contradições valorativas, já que privilegiaria o segurado que mais se socorresse da divisão de tarefas, imiscuindo terceiros na gestão do risco¹⁰¹⁸. Tal concederia ao segurado uma

¹⁰¹⁵ Similarmente, em sede de representação voluntária, deve haver a concessão de poderes de actuação. Deve ainda haver uma declaração – no caso, de vontade – própria do representante, para que a sua actuação se distinga da de um simples nuncio – para a aplicação adaptativa a este âmbito, cfr. quanto dizemos de seguida em texto. E deve, por último haver *contemplatio domini*: realização do negócio em nome do representado, para que a contraparte possa saber com quem negocia. Cfr. em geral, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., p. 548; RAÚL GUICHARD ALVES, "O instituto da representação voluntária no Código Civil de 1966", *Direito e Justiça*, 1, 2004, pp. 197-207, pp. 202 e ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "A representação no Código Civil: sistema e perspectivas de reforma", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, II, A Parte Geral do Código e a Teoria geral do Direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 393-422, pp. 396-397 e 399.

¹⁰¹⁶ Assim, DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., p. 98; CHRISTINA BRUNS, *Voraussetzungen...* cit., pp. 95-96.

¹⁰¹⁷ Assim, HANS MÖLLER, *Verantwortlichkeit...* cit., p. 30.

¹⁰¹⁸ Esta linha argumentativa que invoca a ilegitimidade de o tomador, que colhia os *commoda* do recurso a terceiros, melhorar unilateralmente a sua posição às custas do segurador, surge já em

faculdade relativamente arbitrária – apenas balanceada por contra-incentivos económicos – de se desonerar do cumprimento das exigências de conduta que lhe são dirigidas através da adjunção daqueles sujeitos. A menos valia deste resultado vem salientada quando se pensa que a divisão de tarefas tende a estar tanto mais presente, quanto maior a dimensão económica do segurado¹⁰¹⁹. E, de resto, claro está que a transferência generalizada destes riscos se faria à custa de um encarecimento geral dos prémios¹⁰²⁰. O princípio da culpa do próprio obrigado à actuação não deixa de estar em causa quando se trata de envolver terceiros no cumprimento, podendo haver culpa própria *in eligendo*, *instruendo* ou *vigilando*, ou mesmo na falta de mobilização dos meios pessoais disponíveis.

Para lá dessas hipóteses de culpa própria estaria, pois, em causa a convocação da norma geral sobre responsabilidade do devedor por actos de auxiliares no cumprimento. Esta não deverá ser excluída por um argumento essencialista, atinente à natureza jurídica das exigências de conduta aqui em causa – do qual decorreria que, sendo estas ónus ou exclusões do risco e não deveres, não se poderia mobilizar uma norma que apenas a deveres concerne¹⁰²¹. Desde logo porque do que vimos até

ALBERT EHRENZWEIG, "Die schuldhafte...", cit., p. 41, sendo muitas vezes repescada. A norma que limita a sub-rogação, quando deva ser exercida contra sujeito por quem o segurado seja civilmente responsável ou contra o cônjuge, unido de facto, ou sujeito que viva em economia comum com o segurado não vale como contra-argumento (art. 136.º, n.º 4, als. a) e b)). A esta subjaz o escopo de não fazer afinal reverter à esfera do segurado as consequências económicas do sinistro por ele não causado, acrescentando, relativamente aos sujeitos com quem o segurado viva em economia comum, o argumento da manutenção da paz familiar (ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, "Art. 136.º", cit., pp. 470-471). Com efeito, *o círculo dos representantes na administração do risco é muito mais acanhado do que esses outros círculos*, ainda que o sujeito tenha transitado para a administração do risco por força da vida em economia comum – basta *lembrar que a gestão do risco deve ser exercida em exclusivo pelo representante*. Acresce que, no tocante à causação pelos sujeitos que vivam em economia comum com o segurado, a lei – o RJCS, tal como a VVG – prevê, enquanto "excepção à excepção" exactamente a situação em que o sujeito que viva em economia comum com o segurado tenha actuado com dolo. Aqui, na ponderação dos interesses do segurador com os do segurado, considera-se que não é razoável impor ao primeiro a suportação também destas consequências (HANS MÖLLER/STEFAN SEGGER, "VVG § 86 Übergang von Ersatzansprüchen", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 28.08.2012), nm. 198). Nestes casos, fica também claro que a hipótese em que pode funcionar o regime da causação dolosa por imputação da conduta do representante encontra-se exactamente entre as situações em que não funciona a exclusão da sub-rogação – pela positiva, em que a sub-rogação pode funcionar, considerando a lei que os interesses do segurador devem prevalecer.

¹⁰¹⁹ ATTILA FENYVES, "§ 6", cit., p. 20, citando aliás os trabalhos preparatórios da VVG alemã de 1908.

¹⁰²⁰ Não obstante, é neste princípio que certa jurisprudência se finca. Assim, o ac. do TRG de 2 de Junho de 2014, Processo n.º 8013/12.3TBRRG.G1, assentou também, em face do regime da causação – no caso, meramente culposa – do sinistro, em que o segurado apenas respondia por culpa própria, e não do seu funcionário.

¹⁰²¹ Assim, entre nós, por influência da doutrina germânica, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos

agora decorre já que, independentemente da natureza jurídica destas posições, estas mantêm uma analogia muito próxima com o sentido e função dos deveres laterais – e isto vale mesmo para a exclusão de risco em que se funda a causação do sinistro¹⁰²². Depois, porque é o próprio ordenamento jurídico, em lugar paralelo, como vimos acima, a trazer o regime da responsabilidade pela actuação de terceiro para um âmbito onde estão em causa exigências de conduta com estrutura similar à destas: o da culpa do lesado, nos termos do art. 571.º do CC¹⁰²³.

A simples aplicação linear do regime do art. 800.º seria, como o é a do § 278, problemática, *dada a grande extensão da noção de auxiliar no cumprimento*. O conceito de auxiliar no cumprimento é consabidamente amplo, visando tutelar o credor face a todos os sujeitos – independentemente da sua relação jurídica com o devedor, bem como da duração ou grau de autonomia com que estes actuem – que o devedor livremente introduza no cumprimento da obrigação¹⁰²⁴. A *garantia assim concedida ao credor*, assente na responsabilização objectiva do devedor, é, pois o reverso da primacial faculdade do devedor de inserir terceiros no círculo dos

substitutos", *BMJ*, 72, 1958, pp. 259-303, p. 279.

¹⁰²² Assim, DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 28. Note-se que a posição em geral dos defensores da aplicação do § 278 por via de argumentos de natureza jurídica é a de rejeitar a aplicação do preceito em sede de causação do sinistro, por considerarem que aí se recorta uma exclusão do risco. Pelo que dissemos *supra* em texto, parece-nos uma distância demasiado grande para escavar entre figuras materialmente quase fungíveis.

¹⁰²³ Para esta argumentação, DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 24.

¹⁰²⁴ As palavras de PEDRO MÚRIAS, "A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil", *RFDUL*, 1, 1996, pp. 171-217, pp. 204-205, e 211-212 são ilustrativas a este respeito (conquanto, como veremos de seguida, no escrito em causa o autor defenda um âmbito mais alargado de intervenção do art. 800.º do que o que lhe é geralmente assacado): trata-se aqui de salvaguardar o credor face aos terceiros que o devedor tem em geral a faculdade de inserir na relação (cfr. o art. 767.º) e aos quais fica assim "constrangido a franquear a porta de acesso aos seus bens" e à interferência na prestação, gerando assim oportunidades de lesão destes por terceiros que de outro modo as não teriam – devendo como tal o devedor, que cria este risco, ser responsável por eles. Numa lógica diversa, que, se não recobre todos os casos, recobre um núcleo central deles, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas...*, cit., p. 275, afirmando que se trataria aqui de compensar o credor pelo risco criado por um recurso maior do devedor à divisão de tarefas com vista ao lucro; posteriormente, reafirma-a MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana", *Direito e Justiça*, 1, 1998, pp. 297-311, pp. 301-303: se o devedor pode inserir terceiros no cumprimento, aproveitando das suas vantagens comparativas para potenciação dos seus lucros, sem que o credor possa determinar o modo como o devedor organiza o cumprimento – pode apenas promover a prestação por terceiro à custa do devedor, nos termos do art. 828.º –, deverão os riscos a tal inerentes cair sobre o devedor. Já antes, nesta linha, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Responsabilidade...", cit., pp. 268-269. Mais amplo ainda se torna aquele círculo quando se admita, como, entre nós, PEDRO MÚRIAS, "A responsabilidade...", cit., pp. 206-207 e 215, que o sentido do art. 800.º é, mais do que a mera protecção de um credor obrigacional, a protecção de um titular de direitos absolutos aptos a serem lesados por um devedor circunscrito – *maxime*, porque é sobre ele que impende determinado dever de segurança no tráfico – face aos terceiros que este *devedor imiscua no cumprimento do dever que sobre ele – e não já sobre este terceiro – impende*, dando-lhes a ocasião de violação de direitos daquele credor que, de outro modo, não surgiria.

interesses do credor – na prestação e na integridade – a que só aquele, na qualidade de devedor, teria acesso¹⁰²⁵.

Excluir a protecção em todos os casos em que fosse de afirmar a natureza de auxiliar no cumprimento relativamente ao agente *implicaria desvalorizar em grande medida a cobertura, de modo contrário ao sentido e fim do contrato de seguro*¹⁰²⁶. De resto, a razão material que visa prevenir que o devedor se coloque, por essa via, em posição mais favorável do que aquela em que estaria se a obrigação fosse cumprida directamente por si, tem aqui um entendimento relativamente rígido. O expediente é, à face da responsabilidade por actos de auxiliares, o da verdadeira projecção da sua conduta na esfera do devedor que dele se serve, sendo a ilicitude e a culpa verdadeiramente aferidas como se a conduta tivesse sido levada a cabo pelo devedor – assim, é de acordo com a diligência exigível ao segundo que se afere do cumprimento¹⁰²⁷.

A argumentação terá, pois, que assentar antes em pontos de vista valorativos, buscando no sentido prático-normativo do regime uma eventual base de sustentação para construir a imputação ao segurado da actuação de terceiros. É aqui que, segundo LOOSCHELDERS, a aproximação falha. O escopo do § 278 teria sido o de impor ao devedor a assunção, perante o credor, de uma garantia pelo comportamento ordeiro de todos os sujeitos de que se sirva para cumprimento da obrigação; considera-se que seria contrário à finalidade de promessa de uma prestação permitir a desoneração do devedor invocando que teriam sido os seus

¹⁰²⁵ Fazendo já a articulação entre tal faculdade de licitamente usar auxiliares no cumprimento da obrigação e a necessária tutela acrescida do credor, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Responsabilidade...", cit., p. 267.

¹⁰²⁶ Quanto a este ponto e, bem assim, às razões da recusa da responsabilidade apenas por culpa própria, há larga concordância na doutrina alemã – refere-se a uma "überraschende Übereinstimmung" ATTILA FENYVES, "§ 6", cit., p. 21.

¹⁰²⁷ Particularmente enfático neste aspecto, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "A responsabilidade...", cit., pp. 301-302, referindo-se mesmo a uma "*teoria da ficção*, na medida em que se ficciona o comportamento causador do dano na pessoa do devedor"; já ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Responsabilidade...", cit., pp. 280-281, frisa que, porquanto a responsabilidade do devedor pela actuação de auxiliares se destina a dar ao credor a mesma garantia que este teria se o facto fosse praticado pelo próprio devedor, este só responde quando o facto do auxiliar, praticado nas mesmas condições pelo devedor, determinasse a sua responsabilização. Num sentido não tão distante quanto *primo conspectu* pareceria, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas...*, cit., pp. 262-264. O autor considera que só há responsabilidade do devedor havendo culpa do auxiliar, o que levaria a excluir a primeira em caso de inimizabilidade deste último; porém, esta afirmação vem temperada pela da aferição da culpa segundo a bitola do que é exigível ao devedor; e o autor não deixa de assinalar o carácter insatisfatório deste critério, exactamente por permitir uma exoneração facilitada do devedor. Junte-se, de resto, que, uma vez que ao menos os deveres de prestação vinculam apenas o devedor, não se veria como afirmar a culpa do auxiliar sem haver exigência de conduta à qual a referir.

auxiliares a actuar¹⁰²⁸. Tal não teria correspondência no substrato valorativo do contrato de seguro, já que se trata aí de cobrir o segurado contra riscos – e este tem à face do contrato interesse também em não perder a protecção quando entregue o bem seguro à guarda de terceiro. Como tal, uma vez que a analogia ao nível dos fundamentos falharia, a mobilização do § 278 como ponto de apoio falharia também: perante a lacuna assim exposta, seria de convocar a construção da "Repräsentantenhaftung".

Parecendo acertados os contornos da "Repräsentantenhaftung", é certo que estes não brotam no sistema jurídico a partir do seu plano legal, mas vêm antes à normatividade através de reconstrução dogmática de dados mobilizados pelos vários estratos do sistema jurídico¹⁰²⁹. Ora, não podemos perder de vista que o que vai proposto é uma solução de alargamento da imputação ao segurado, sem que tal se funde numa actuação culposa; pelo que, para que ela proceda, parece-nos não poder prescindir de uma base forte de apoio analógico numa das hipóteses em que o sistema jurídico disponibilize tal solução.

A questão é, pois, a de saber se, nesta reconstrução, a base legal do art. 800.º fornece ainda um arrimo argumentativo de algum modo prestável, ou se já não. Vimos acima que é essa a solução propugnada para o ordenamento austríaco por FENYVES; da nossa parte, consideramos também que o art. 800.º fornece ainda um esteio prestável, tendo em consideração especial a flexibilidade de que este vai dando provas face à sua *mobilização nos problemas da culpa do lesado*. Com efeito, *tão-pouco vale aí a ideia da garantia de um credor contratual*, mas sim o sentido bem diverso de auto-responsabilizar – e não simplesmente responsabilizar – o lesado *face a uma responsabilidade de princípio do lesante pelo dano total*¹⁰³⁰. Não obstante, a remissão operada pelo art. 571.º – como a operada na Alemanha pelo § 254, II – não é tida por valorativamente equivocada, tratando-se de enquadrar a situação da *substituição voluntária do devedor por terceiro no cuidado face à própria esfera, empossando voluntariamente auxiliares na função de acautelar os seus interesses*¹⁰³¹.

¹⁰²⁸ DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 25-26.

¹⁰²⁹ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, "A unidade...", cit., pp. 172-173.

¹⁰³⁰ Sobre esta diferença de sentido, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A conduta...* cit., pp. 732-736.

¹⁰³¹ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A conduta...* cit., pp. 732-736. O critério da substituição voluntária no cuidado face aos próprios bens é o que ressoa em KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., pp. 547-548.

Ora, também aqui estamos perante a hipóteses em que o segurado se faz voluntariamente (salvas as hipóteses de representação legal) substituir por terceiro na gestão do risco seguro, sendo justo – não já com olhos na repartição justa do dano, mas antes na *repartição justa do risco* – que fiquem retidos na sua esfera os resultados da actuação destes sujeitos. Esta repartição justa do risco, pensada no plano de um contrato que tem exactamente por sentido a conformação da sua transferência, implica, porém, *exigências acrescidas de identificação das hipóteses de substituição relevante na gestão do risco*, tal como visto acima. É na densificação destas exigências que a construção arranca decisivamente para sentidos autónomos, diversos dos que o art. 800.º indicaria.

Acresce que, nestas reduzidas hipóteses em que se deva afirmar a qualidade de "representante na gestão do risco" se deve também, na linha da doutrina alemã, afirmar a sua qualidade de "representante para efeitos de conhecimento", desde que os poderes de gestão voluntariamente outorgados *compreendam os de obtenção e transmissão autónoma, primordialmente ao próprio segurado, de informações relativamente ao risco*. O fundamento é o *ubi commoda, ibi incommoda*, que procede face à inserção de terceiros no controlo do risco, correspondendo a uma restrição teleológica do entendimento que, entre nós, vale relativamente ao âmbito da responsabilidade pela actuação de auxiliares no cumprimento, onde se entende serem imputáveis ao devedor os conhecimentos adquiridos pelo sujeito que incumba da recepção autónoma de informações¹⁰³².

E. Questões salientes em sede de seguros de acidentes e de saúde

Vimos a questão da identificação do segurado em termos gerais; vejamo-la agora face às questões potencialmente suscitadas pelos dois tipos de seguros em apreço, não perdendo de vista que estes tendem a colocar-se em sede familiar e em sede profissional, relevando como seguros de grupos de que são segurados os

¹⁰³² Este princípio surge, aliás, várias vezes afirmado face à relação jurídica seguradora, perante a imputação ao segurador do conhecimento obtido pelos sujeitos incumbidos da recolha de informação junto dos segurados. Cfr., com uma fundamentação em que muito nos revemos, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "O dever de informação do tomador de seguro na fase pré-contratual", in *II Congresso Nacional de Direito dos Seguros, Memórias*, ANTÓNIO MOREIRA/MANUEL DA COSTA MARTINS (coord.), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 75-113, pp. 92-96; NUNO TRIGO DOS REIS, "Os deveres de informação no contrato de seguro de grupo", s.d., disponível em ww.isp.pt/NR/exeres/C07B7A30-CA6F-4C81-975D-46002195D32E.htm (consultado pela última vez a 22.12.2009), pp. 61-62; JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, "O mediador...", cit., 174-178.

trabalhadores ou prestadores de serviços de dada entidade. Outra questão deve ser ainda salientada à partida: tratando-se de seguros de pessoas, a gestão do risco, e mesmo a prestação de informações sobre este, implica a interferência nos direitos de personalidade da pessoa segura. Como tal, apenas esta, ou quem tenha poderes legais para zelar pela sua saúde, estará em geral sequer autorizado pelo ordenamento jurídico a adoptar os actos de cumprimento das exigências de conduta aqui em causa. Por outro lado, a esfera de autonomia relativa à personalidade não poderá ser totalmente comprimida para permitir manter o direito à cobertura. Para que o contrato não seja esvaziado de utilidade, impõe-se o respeito por uma certa esfera de decisão da pessoa segura.

Em sede familiar, têm grande relevo os seguros de saúde ou acidentes pessoais celebrados por um devedor de alimentos – titular de responsabilidades parentais ou de outros laços de parentesco¹⁰³³ – face a sinistros ocorridos na esfera do alimentando. Tratar-se-á, em todo o caso, de um seguro por conta própria, já que visa cobrir uma *despesa do tomador e obrigado a alimentos*¹⁰³⁴. Sendo o alimentando pessoa segura juridicamente capaz, o contrato poderá, não obstante, atribuir-lhe direitos a exigir a prestação seguradora; ou poderá simplesmente indicá-lo como mero destinatário da prestação, com competência de aquisição desta¹⁰³⁵.

Estas hipóteses separam-se daquelas em que *o seguro é contratado pelo representante legal do incapaz, fora do cumprimento de uma obrigação de alimentos*¹⁰³⁶. Aqui, o contrato é celebrado pelo representante legal em nome do representado e por conta do representado; porém, através do mecanismo da representação, os efeitos do contrato produzem-se directamente na esfera do representado que, não sendo parte formal no contrato, é porém dele parte em sentido

¹⁰³³ Sem que de deva confundir o conteúdo da obrigação de prestar alimentos a um filho (arts. 1878.º a 1880.º do CC) com o dever geral de alimentos entre parentes (arts. 2003.º e ss.). O primeiro, como expressão directa da relação de filiação, tem uma densidade acrescida, correspondendo a um conteúdo alargado, densificado pelo sentido de potenciar o desenvolvimento da personalidade do filho (cfr. ROSA MARTINS, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 202-203).

¹⁰³⁴ Assim, CHRISTIAN ARMBRÜSTER, § 6, cit., nm. 142.

¹⁰³⁵ MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...* cit., pp. 55-56.

¹⁰³⁶ Claro está que, tratando-se de incapaz maior, este pode ter sido objecto de mera inabilitação, estando então sujeito a curatela e sendo então a regra a do suprimento da incapacidade através da mera assistência (arts. 152.º e 153.º do CC). Neste caso, o seguro poderá ser contratado pelo incapaz, por acto próprio mas não exclusivo. Sobre a figura, cfr., criticamente, PAULA TÁVORA VÍTOR, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 41-47.

material.

No primeiro caso, as exigências de conduta ligadas ao risco são valoradas quer na esfera do tomador, quer na da pessoa segura, *quando esta for capaz*. Neste caso, sendo a pessoa segura não só o sujeito competente para tomar decisões relativas aos seus direitos de personalidade, como o próprio destinatário da prestação – comumente, com direito a exigí-la para si – terá mesmo, *para efeitos destas normas, uma posição assimilável à de um segurado*. Será comumente ele o sujeito em posição de dar cumprimento aos vários comandos de conduta – vendo o seu direito afectado quando o não fizer.

Já quando a pessoa segura *for incapaz, tendo sido o contrato celebrado pelos obrigados a alimentos, por conta própria, ou por representante legal, por conta do representado* – no primeiro ou no segundo casos, portanto –, serão à partida os representante legais do incapaz os sujeitos que devem dar cumprimento às exigências de conduta. A base legal para tal será, no ordenamento nacional, o art. 800.º – não há razões para o afastar, dado que aqui os sujeitos relevantes estão *a priori* identificados – e, face às declarações de ciência, o art. 258.^{o1037}. Tal vale como ponto de partida mesmo quando estejam em causa decisões relativas a direitos

¹⁰³⁷ Neste sentido, entre nós, PEDRO MÚRIAS, "A responsabilidade...", cit., p. 209, distingue entre os actos do representante que se consubstanciam em declarações de vontade, face aos quais valeria o art. 258.º do CC, e aqueles em que o representante figura como um qualquer auxiliar do representado – pese embora não tenha sido este último propriamente a escolher o representante, a escolha é-lhe imputada. Já ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Responsabilidade...", cit., pp. 283-284, considerava que a imputação ao representado da responsabilidade pela actuação do seu representante legal deveria ser regulada a par com a questão da responsabilidade pela actuação dos auxiliares. Na mesma linha, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas...*, cit., pp. 262-263, afirma que o devedor será responsável, ainda que incapaz, se o seu representante legal agir culposamente. Na Alemanha, esta solução é também pacífica, dando-se-lhe esteio ou directamente no § 278 (assim, DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 27, com considerações similares às tecidas em texto) ou invocando o regime da "Repräsentantenhaftung". Não são para aqui transponíveis as considerações tecidas por JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A conduta...* cit., sobretudo pp. 722-732, sobre a inclusão da actuação dos vigilantes do incapaz nos quadros do art. 571.º, tratando-os como auxiliares no cumprimento. Não poderá ter peso, perante um devedor obrigado a prestar nos termos do contrato, o argumento que no pensamento do autor é decisivo de, face a *um lesante em princípio obrigado a reparar o dano total*, e à bondade de *não prejudicar o incapaz mal vigiado face ao não vigiado de todo*, não prejudicar o direito do incapaz a obter a reparação do dano – e o leva a defender uma solução de solidariedade passiva entre lesante e vigilante. No caso do seguro, não há um dever de reparar um dano causado, mas o dever de efectuar a prestação que corresponda ao risco transferido; tão-pouco se pode dizer que o representante legal seja uma presença fortuita face ao contexto do risco contratual, já que é ele que surge a adquirir do segurador a cobertura de certo risco. Claro está que o representante legal pode outorgar a outrem a vigilância do representado – nestes casos, devem porém valer os critérios analisados exactamente a propósito dos representantes na gestão do risco. Como nos dá conta KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., pp. 545-546, na doutrina alemã que se debruça sobre culpa do lesado, a imputação ao lesado dos danos relativamente aos quais haja culpa do seu representante legal ou auxiliar é pacífica quando se trate de responsabilidade contratual; apenas nos quadros extracontratuais surgem as polémicas.

de personalidade – *maxime*, à saúde do incapaz. No caso do exercício de responsabilidades parentais, tal cabe no poder-dever dos pais de velar pela saúde do filho¹⁰³⁸; no caso de outros incapazes, uma vez estabelecida pelo médico a incapacidade concreta para a autodeterminação em relação a cuidados de saúde, é o representante legal que deve ser chamado a intervir¹⁰³⁹.

Tal remete-nos para uma última consideração, que se prende com a natureza não unitária ou monolítica da capacidade jurídica. A *capacidade para consentir na prática de actos médicos* tem sido, tanto pela lei, como pela doutrina, retirada do enquadramento da capacidade jurídica negocial, sendo dotada da maleabilidade que lhe permite dar a *devida expressão ao direito do incapaz à autodeterminação* (arts. 26.º, n.º 1, da CRP; arts. 12.º e 13.º da Convenção dos Direitos da Criança; art. 6.º, n.ºs 3 e 4, da CDBio) e que lhe é *permitida por não ser aqui cardeal a tutela da segurança no tráfico jurídico*¹⁰⁴⁰. Face aos incapazes menores, é em geral dada relevância à fixação jurídico-penal da idade mínima – hoje atingida aos 16 anos – para emissão de um consentimento justificante¹⁰⁴¹; acima deste patamar, não se dispensa porém um juízo concreto-subjectivo, encabeçado no profissional de saúde, de indagação da capacidade. Face a outros incapazes, é um juízo concreto desta última índole que prevalece em toda a linha. Como tal, há um reduto variável de

¹⁰³⁸ ROSA MARTINS, *Menoridade...* cit., pp. 207-208.

¹⁰³⁹ ANDRÉ DIAS PEREIRA, "A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Volume II, A Parte Geral do Código e a Teoria geral do Direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 199-249, p. 236. Cfr. aliás, o art. 6.º, n.º 2, da CDBio.

¹⁰⁴⁰ Com efeito, por oposição à *relativa* rigidez da capacidade jurídica negocial atinente a negócios patrimoniais, face às necessidades de protecção do tráfico jurídico, vem-se afirmando a sua maior maleabilidade no tocante a negócios jurídicos de carácter pessoal e, especialmente, face ao *consentimento relevante no domínio médico*. Este reveste a dupla faceta de consentimento-aceitação – tendo então natureza de declaração negocial – e de consentimento enquanto causa de justificação, que configura um simples consentimento tolerante sem natureza negocial (ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 138-140). Este desenvolvimento tem sido amparado em dados jurídico-positivos, onde pontificam os instrumentos de Direito internacional público de que damos conta em texto (sobre as referidas disposições da Convenção dos Direitos da Criança, que lhe reconhecem competência para a autodeterminação, participando na tomada das decisões que lhe dizem respeito na medida em que tenha para tal capacidade, cfr. GERALDO ROCHA RIBEIRO, "Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)", *Lex Medicinæ*, 14, 2010, pp. 105-138, pp. 108-109; sobre as disposições da CDBio, no tocante a menores, p. 110). Muito claras neste sentido, as disposições da CDBio determinam, quanto a intervenções no domínio da saúde, que a opinião do menor deva ser tomada crescentemente em conta em função da sua idade e maturidade e que o incapaz por outro motivo deve, sempre que possível, participar do processo de autorização. Quanto às maioridades especiais reconhecidas para actos pessoais, tanto pelo CC, como por legislação avulsa, cfr. GERALDO ROCHA RIBEIRO, "Quem decide...", cit., pp. 115 e ss.

¹⁰⁴¹ Sobre a recente mudança legislativa que elevou tal idade dos 14 para os 16 anos, e as dúvidas que tal suscita, GERALDO ROCHA RIBEIRO, "Quem decide...", cit., pp. 124 e ss.

decisões em matéria de saúde em que deve ser o negocialmente incapaz a consentir, *de acordo com a detenção das capacidades intelectuais, emocionais e volitivas requeridas para o acto em concreto*¹⁰⁴².

Quanto à actuação autónoma da pessoa segura que assim poderá emergir, os parâmetros não são muito diversos dos que norteiam a avaliação de um sujeito com a qualidade de segurado. Tal parece não colocar aqui grandes dúvidas, já que, apesar de esta surgir como terceira face ao contrato, não se pode dizer que está numa posição paralela à da pessoa segura que é mero objecto de referência de direitos contratuais cuja utilidade económica reverte para outrem – como ocorre face à pessoa segura no seguro sobre a vida de terceiro¹⁰⁴³. Aqui, é a pessoa segura o destinatário das prestações. E está, dado o carácter relativo desta incapacidade, acompanhada pelos representantes legais na gestão do risco. Não se pode, pois, sem mais, alijar todas as consequências da sua actuação por sobre o segurador. Assim, o cuidado da pessoa segura face aos bens da sua personalidade releva face ao contrato de seguro, podendo, quando ultrapasse o limiar de segurança nele pressuposto, *comprometer total ou parcialmente cobertura*. Também neste caso haverá, de resto, que ter em conta o respeito pela liberdade pessoal que se concilia com o não esvaziamento desta cobertura, não devendo pôr em afectar a cobertura uma decisão da pessoa segura de recusa de um tratamento, nos termos vistos a propósito do regime do salvamento.

Ainda no âmbito das relações familiares, a identificação dos representantes para a gestão do risco, bem como para a emissão de declarações de ciência, segue as regras gerais¹⁰⁴⁴. Face à emissão de declarações de ciência, exige-se que o segurado tenha de tal incumbido o familiar em causa. A questão coloca-se com especial delicadeza face ao cônjuge do segurado. Muitas vezes poder-se-á retirar de comportamentos concludentes do seu consorte uma declaração tácita nesse sentido. Na medida em que a concreta conformação da vida familiar permita concluir nesse sentido, poder-se-á ainda convocar a figura da procuração tolerada¹⁰⁴⁵. Tal não

¹⁰⁴² Assim, ANDRÉ DIAS PEREIRA, "A capacidade...", cit., pp. 216-219.

¹⁰⁴³ LUCA BUTTARO, "Il suicidio nell'assicurazione sulla vita di un terzo", *Assicurazioni*, I, 1955, pp. 68-104, pp. 76-77.

¹⁰⁴⁴ HORST BAUMANN, "§ 81", cit., p. 288.

¹⁰⁴⁵ A relevância desta figura, no âmbito da qual o representado tolera a conduta, dele conhecida, do representante, podendo tal conduta, segundo a boa fé e os usos do tráfico, ser interpretada pela contraparte no sentido de que o representante recebeu os necessários poderes do pretendo representado, é admitida no ordenamento português por CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pp. 550-551. Mais

procede já, porém, nos casos em que este último se encontre inconsciente – o que é uma hipótese de considerável relevância prática em relação a seguros de acidentes.

Nestas hipóteses, alguma doutrina considera que se poderá invocar consentimento presumido da parte do cônjuge temporariamente incapacitado; ou que se deve conceder poderes de representação ao outro cônjuge a partir do momento em que seja claro que a incapacidade da outra parte durará um período de tempo considerável, e desde que a relação de comunhão de vida se mantenha intacta¹⁰⁴⁶. Outra doutrina considera, porém, que o consentimento presumido vale como causa de justificação para actuações que de outro modo seriam ilícitas – e não em relação a declarações de vontade e de ciência que estão relacionadas com direitos contratuais¹⁰⁴⁷. Assim, defende-se que há que aplicar analogicamente as regras da declaração sem poderes – entre nós, do art. 268.º do CC.

Em sede empresarial, valem as coordenadas vistas acima para os seguros por conta de outrem e, especialmente, para os seguros de grupo. Mais uma vez salientamos, porém, o relevo decisivo da actuação da pessoa segura face aos seguros aqui em causa. Como tal, a actuação do tomador tenderá a circunscrever-se à actuação eventualmente necessária no caso de uma emergência que este presencie, bem como à comunicação ao segurador nessa sequência.

Com potencial relevância num caso ou noutro, admite-se que o segurado

recentemente, foi acolhida também por Paulo Mota Pinto ou PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em Direito civil, (Ensaio de reconstrução dogmática)*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 995 e ss. e 1054 e ss., admitindo este último autor mesmo o relevo da figura da procuração aparente, na esteira de Pinto Monteiro (veja-se ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de distribuição comercial*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 90), a todos os negócios de cooperação ou gestão, por alargamento do art. 23.º do Regime do Contrato de Agência (Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, entretanto alterado) não só a contratos comerciais, mas também a contratos civis e alargando mesmo para lá destes resultados a protecção de terceiros de boa fé face à aparência da procuração (pp. 1168.º e ss.) Rejeita-a ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "A representação...", cit., pp. 414-416, considerando que tal figura não cabe no âmbito do art. 266.º, relativo à protecção de terceiros face à actuação do representante, devendo antes o terceiro obter protecção quando a invocação da falta de representação pelo representado constituir abuso do direito.

¹⁰⁴⁶ JÜRGEN PRÖLSS, § 28, cit., nm. 61.

¹⁰⁴⁷ CHRISTINA BRUNS, *Voraussetzungen...* cit., pp. 101-105; DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 101. O BGH, no ac. de 02.06.1993, Proc. n.º IV ZR 72/92, recusou ainda que da mera comunhão de vida ou do § 1357 do BGB se pudesse presumir um consentimento genérico de actuação em caso de emergência, recusando a invocação do segurador de que o cônjuge do acidentado não tinha cumprido os prazos de notificação do sinistro. Reafirmou, assim, o entendimento de que só há representação para efeitos de declaração de ciência quando o cônjuge segurado tenha incumbido o seu consorte de tal. Entre nós, é igualmente de rejeitar a invocação do art. 1679.º do CC, para nele fundar a actuação da parte do cônjuge do acidentado – este respeita a providências urgentes relativas à administração de bens, quando da sua não adopção puder resultar prejuízo, e não ao cumprimento de deveres contratuais que impendam sobre o outro cônjuge. De outro modo, retirar-se-ia ao cônjuge temporariamente incapacitado, na constância do matrimónio, a possibilidade de invocar tal ausência de culpa no incumprimento de deveres contratuais.

incumba também um médico de prestar declarações de ciência em seu nome, sendo-lhe nesse caso as respectivas declarações de ciência imputáveis, apesar de o segurado não ter, em si, competência técnica para as emitir. Entende-se que da entrega da tarefa pelo segurado ao médico que elege decorre que deva ser ele a suportar o risco da sua actuação. Simetricamente, quando for o segurador a incumbir determinado médico da recolha de informações, corre por sua conta o risco da actuação deste último¹⁰⁴⁸

¹⁰⁴⁸ Veja-se a doutrina nacional que citámos acima, em nota, a este propósito e ainda DIRK LOOSCHELDERS, § 17 *Haftung...* cit., nm. 108. Sobre esta potencialidade do instituto da representação que, além de ampliar a esfera de poderes do seu titular, amplia também a sua esfera de competências, RAÚL GUICHARD ALVES, "O instituto da representação voluntária no Código Civil de 1966", cit., p. 200.

IV.2 O sistema legal de remédios para o não acatamento das exigências de conduta

§1. Introdução

A. Justificação da sistemática

Encontramos, entre as possibilidades de reacção às condutas do segurado que possam interferir na ocorrência do sinistro ou na dimensão das suas consequências, de um lado os "remédios" cujos efeitos se produzem sobre a contraprestação – a prestação principal a cargo do segurador – e de outro os "remédios" cujos efeitos se produzem sobre o todo do contrato, atacando a própria subsistência deste.

Entre os primeiros, a que aludimos no ponto anterior, encontramos regimes apontados à *perda total* – ou exclusão *ab initio* – da contraprestação e regimes apontados à sua *mera redução*. Todos eles se encontram subordinados a quatro pressupostos gerais, conquanto tais pressupostos não se encontrem sempre concretizados da mesma maneira em relação aos vários regimes: cada um deles *recorta um parâmetro da conduta exigível*; supõe a *culpa*; um *dano*; e o *nexo de causalidade entre a conduta desviante e culposa e o dano* – com *excepção do regime do incumprimento doloso do dever de comunicar os agravamentos do risco*, face ao qual não se pode, com propriedade, *falar de dano ou da sua causação*.

Por seu lado, o regime do agravamento do risco por facto voluntário do tomador ou segurado arreda-se já dessa lógica, não assentando no desvio face a um parâmetro de conduta – o facto voluntário não releva desde que se afaste de um determinado standard de segurança decorrente da lei ou do contrato, apenas relevando, sim, na medida em que o concreto segurador nunca cubra o tipo de risco em causa –, e não tendo como tal significado falar de culpa a esse respeito. Valora-se apenas a causação voluntária de dado estado, sendo esta contraposta à gravosidade da imposição ao segurador dessas consequências, pensadas as suas práticas de cobertura do risco. Trata-se, pois, antes, da cristalização legal de uma distribuição do risco equitativa. Sendo diverso o seu sentido face ao das demais hipóteses ora em apreço, deixamo-la de fora nesta análise da face do incumprimento das exigências de conduta analisadas.

O recorte de um parâmetro de conduta relativamente ao qual se afere do desvio foi abordado em relação a cada um dos regimes no ponto anterior.

Teceremos em breve considerações sistemáticas a este propósito. Lembre-se, porém, desde logo, que, de um lado, estamos perante deveres de prestação de informações concernentes a variações do risco, ou ao sinistro ou respectivas consequências: é o que ocorre no regime do agravamento do risco e no da prestação de informações relativas ao sinistro. Do outro lado, face ao regime da causação do sinistro e ao do salvamento, estamos perante a valoração de determinadas condutas face ao sinistro ou às suas consequências.

Em qualquer dos casos, é requerida a culpa face à violação do parâmetro de conduta em causa. *A perda total da prestação, ou exclusão do risco, é sempre feita depender de dolo.* Referem-se ao dolo, sem outros elementos subjectivos que o qualifiquem, os regimes da causação do sinistro, do salvamento e da prestação de informações relativas ao sinistro (art. 101.º, n.º 2, face ao salvamento, *ex vi* art. 126.º, n.º 3). Já o *regime do agravamento do risco exige dolo qualificado* pelo "propósito de obtenção de uma vantagem" para que aplique quer a consequência da perda total da prestação, quer a, por ora não relevante, atinente à retenção dos prémios vencidos¹⁰⁴⁹. Por sua vez, *a redução da prestação depende de negligência* – que, *no caso do salvamento, vimos dever ser pelo menos grosseira* – no incumprimento do dever.

Os regimes em causa assentam na sua generalidade na *aptidão do incumprimento para causar dano na esfera do segurador* – dano que se manifestaria na constituição ou ampliação do seu dever de prestar e que por isso é removido da sua esfera com a redução ou remoção do dever de prestar.

Porém, o sentido da relevância do dano é diverso face aos *regimes da redução da prestação*, assentes na *negligência*, e os *regimes da perda total*, assentes no *dolo*.

No primeiro conjunto de casos, a redução da prestação na medida dos danos causados *tem feição reparatória, operando na medida de um dano que se repercute sobre a prestação devida pelo segurador*. Tal é notório nas hipóteses de incumprimento dos deveres de notificação do sinistro e prestação de informações

¹⁰⁴⁹ Esta especial exigência em sede de pressupostos subjectivos do incumprimento está ligada à previsão de relevo repressivo que concede ao segurador o direito a manter os prémios vencidos (art. 94.º, n.º 1, al. c); porém, como vimos acima, esta apenas releva em conexão com a cessação antecipada do contrato – sendo atinente aos remédios que se repercutem sobre o todo do contrato, portanto, e não a estes remédios que operam apenas sobre a contraprestação.

complementares, ou do dever de salvamento, em que a redução se mede pelo dano causado, *implicando que da prestação se desconte a parte que decorreu da conduta desviante*. O mesmo deve dizer-se do sentido da redução da prestação na proporção dos prémios pagos. Trata-se – diferentemente do que ocorre em face dos deveres de informação em caso de sinistro – do expediente de eliminação de um dano típico da violação de deveres de informação que estejam na base do exercício – ou abstenção dele – de faculdades de conclusão, modificação ou extinção contratual. A lei assenta, pois, aqui na presunção inilidível de que o segurador, caso houvesse sido correctamente informado, *teria suscitado a modificação do contrato, reestabelecendo a relação entre a prestação devida e os prémios cobrados*. Manda, pois, descontar a parte da prestação que não tenha já correspondência nos prémios pagos, estabelecendo um expediente de reparação natural do dano.

O teste de causalidade é, pois, diferente num e noutro caso. No primeiro conjunto de casos, a violação do dever manifesta-se no *surgimento* – pense-se na notificação negligente de um evento que afinal não corresponde a um sinistro, ou na falta de prevenção que teria evitado um sinistro iminente – ou *empolamento* – por cumprimento defeituoso dos deveres de informação pós sinistro ou do dever de mitigação – do dever de prestar, ou, perante os deveres de informação pós-sinistro, no *empolamento das despesas de liquidação do sinistro que estão a cargo do segurador*. A causalidade é, pois, aqui estabelecida directamente entre a violação e o agravamento da posição do segurador. De um modo diferente se passam as coisas em sede de dever de informar dos agravamentos do risco: aqui, o regime procura restaurar o segurador à posição em que estaria se tivesse podido antes do sinistro proceder à modificação do contrato de conformidade com as novas circunstâncias. Se teria ou não suscitado tal modificação, se o teria feito em prazo, ou se esta teria tido a necessária aceitação pelo segurado, é algo que a lei ficciona. *A causalidade é, pois, estabelecida apenas entre o que deveria ter sido comunicado e os pressupostos necessários à actuação de uma tal modificação*. A causalidade entre a violação do dever de informar e o dano definido tal como visto acima é, pois, retirada de parte apenas dos factos que atestariam tal dano: depende de saber *se o agravamento do risco influenciou o sinistro* – pois ter-se-á então repercutido na prestação devida – e se seria apto a alterar as condições contratuais, correspondendo à prática de um prémio mais elevado.

No segundo conjunto de casos, atinentes ao *incumprimento doloso*, a *causação de dano é pressuposto, mas não medida da consequência* – que, nestes casos, corresponde sempre à perda total da prestação. É assim claramente em relação ao dever de salvamento e à comunicação do sinistro e prestação de informações complementares, em que a perda total da contraprestação depende apenas de o incumprimento ter causado "dano significativo" – podendo, portanto, este ser inferior ao valor da contraprestação. Face ao regime da causação dolosa do sinistro, a perda da prestação pelo mecanismo da exclusão do risco é também total, independentemente de terem concorrido outras circunstâncias incluídas na cobertura para a causação do sinistro.

Relativamente ao incumprimento doloso da comunicação dos agravamentos do risco, os pressupostos da exoneração são de tal maneira desligados da aferição do que seria a situação actual hipotética em caso de cumprimento que não faz já sentido falar de dano. Não se abdica da demonstração de um mínimo de influência sobre a posição prestadora do segurador, requerendo-se o estabelecimento de causalidade entre o agravamento do risco e o sinistro ou as suas consequências. Porém, de mais nenhum pressuposto do dano se exige a prova: ainda que o segurador sempre cobrisse aquele tipo de sinistro, fazendo-o inclusivamente de acordo com o mesmo prémio, ficará então eximido ao dever de prestar. Aqui, ficciona-se mais do que o recurso oportuno e bem sucedido pelo segurador aos instrumentos que permitiriam pôr o contrato de acordo com as suas práticas: vai-se para lá do que resultaria destas práticas, *ficcionando o próprio dano*. Em atenção aliás ao dolo qualificado de que se parte, a hipótese mostra-se próxima de uma *supressio* fundada na contrariedade intensa à boa fé por parte do obrigado.

Detecta-se, em suma, face ao conjunto das hipóteses de incumprimento doloso, a associação de uma censura agravada no incumprimento da norma de conduta ao accionamento de uma consequência jurídica cujos efeitos superam os danos causados. Pelo óculo da responsabilidade civil, ver-se-ia, pois, um *sentido não reparatório, mas genuinamente preventivo-repressivo comum a estas hipóteses*, transcendendo mesmo o alcance que tal sentido manifesta nos quadros gerais do instituto¹⁰⁵⁰. Não é este, porém, o único sentido que pode ser dado aos preceitos

¹⁰⁵⁰ Aí, a função punitiva é meramente acessória da função ressarcitória, operando dentro do reduto dos danos causados. Assim, FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, "O nexo...", cit., pp. 109-110, referindo-se (nos quadros do pensamento da jurisprudência dos interesses) à finalidade reparadora da

quando se trata da delimitação de um dever de prestar do segurador – aí, a *actuação dolosa pode valer como marcador do nível de risco retido na esfera do segurado*. Onde a feição punitiva surge com inquestionável relevo autónomo é face ao regime do *incumprimento doloso do dever de comunicação* dos agravamentos do risco, onde a *maior intensidade da censura subjectiva da conduta compensa o abdicar do requisito do dano*. Mesmo aí deve, porém, requer-se uma base factual mínima de interferência na esfera do segurador-devedor para a aplicação das consequências – sendo requerido o estabelecimento da causalidade entre agravamento e sinistro.

Encontramos, pois, *uma comunhão de pressupostos nos regimes vários*, conquanto acompanhada de uma *certa mobilidade destes*. E encontramos ainda uma comunhão de sentido na actuação destes regimes: estes têm no seu núcleo o afrontamento de um *dano que se manifestaria através da membrana do dever de prestar do segurador*. O seu sentido mínimo é, uma vez transposto um limiar de relevância atinente a um parâmetro de diligência, a remoção dessa parte da contraprestação correspondente a um dano; para além deste, verificado o dolo, os regimes actuam removendo a totalidade da contraprestação. Se se arranca aqui de pressupostos coincidentes com os da responsabilidade civil, não se pode, pois, perder de vista a especificidade do contexto em que são chamados a operar. Como foi ressaltando já do correr da exposição, aqui, *a densificação dos pressupostos* – mesmo onde a consequência tem alcance meramente reparatório – não é determinada por um escopo precípua de remoção do dano; tal densificação é feita por apelo a *juízos de sentido e finalidade do contrato*, que *determinam qual a espessura da cobertura contratada, face à actuação do segurado e outros sujeitos em relação ao risco*. Tão-pouco, como referimos, se deve partir da ideia de que a perda total da contraprestação visa aqui exclusivamente incorporar um sentido preventivo-repressivo – esta serve também legitimamente a circunscrição do risco que o segurador aceita cobrir.

Estas consequências têm ainda de comum o seu *modus operandi*, que é extrajudicial, dependendo apenas da *invocação pelo segurador do seu direito*. Fala-se, assim, a este propósito de consequências dotadas de um "elemento de auto-

responsabilidade civil, por oposição aos meros efeitos – no sentido de puros efeitos colaterais, se bem que, neste caso, desejados, daquela finalidade – preventivos e repressivos do instituto.

execução" ("Selbstvollstreckungselement")¹⁰⁵¹.

Justifica-se, pois, que analisemos de um modo transversal estes pressupostos que determinam a perda total ou redução da prestação. Contra esta análise conjunta não milita, por último, a diferente força cogente reconhecida aos vários regimes em causa: trata-se, em qualquer caso, de exigências de conduta de sentido análogo, cujo regime não deve ser fragmentado, devendo, sim, manter um núcleo de sentido que lhe permita manter a necessária mobilidade, sem esboroamento. De resto, vimos já no correr da exposição que a clivagem formalmente marcada pelo RJCS a este respeito acaba por ter que ser suavizada pelo intérprete, sob pena de violação de princípios fundamentais ao Direito privado: a ordem pública, os bons costumes e a boa fé¹⁰⁵².

Outro ponto tem que ser aqui salientado, em conexão com o que vimos dizendo. Como veremos na parte V, os juízos legais sobre o risco ligado à conduta do segurado e outros sujeitos contratualmente relevantes não esgotam a sua eficácia na valoração das condutas recortadas pela lei. Fornecem, sim, *também a bitola de aferição das possibilidades contratuais de delimitação secundária do risco*. Como tal, esta contraface do juízo legal sobre a alocação típica do risco, atinente aos pressupostos que permitem a afectação da contraprestação, deverá ser já densificada tendo também em atenção a possibilidade do recorte de outras normas de conduta, por via contratual. Estaremos, assim, em condições de melhor articular, na parte V, os planos legal e contratual; e de, na parte VI, tecer por fim um juízo mais cabal sobre o sentido e função das exigências de conduta ligadas ao risco.

Num segundo grupo, temos os remédios resolutórios, que atacam a subsistência do próprio contrato. À face do RJCS, a resolução contratual encontra-

¹⁰⁵¹ A expressão é de PETER SCHIMIKOWSKI, *Versicherungsvertragsrecht*, C. H. Beck, Munique, 2001, p. 105; salientando que o segurador não pode deixar de invocar o seu direito – este não se constitui sem essa invocação, SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., p. 208.

¹⁰⁵² Tal como o ordenamento nacional, o ordenamento alemão cria standards mínimos de protecção por dois modos diversos: põe-nos directamente em vigor, para as *Obliegenheiten* de fonte legal; ou ergue-os como barreira face à eventual criação por contrato de *Obliegenheiten* para cuja violação se preveja a exoneração do segurador. O conteúdo desse standard é, porém, o mesmo em ambos os casos, requerendo-se o dolo para a exoneração plena e a negligência grosseira para a exoneração na medida da culpa. Conquanto as consequências do incumprimento decorram, num dos casos, directamente da lei e, no outro, pressuponham uma disposição contratual, os tribunais têm, face a estas duas tipologias, interpretado tal regime de modo uniforme. Tal tem merecido a anuência da doutrina, que considera que se trata em todo o caso de interpretar o standard fixado pela lei (CHRISTIAN ARMBRÜSTER, *Privatversicherungsrecht*, cit., pp. 102-103; OLIVER BRAND, "Das Quotelungsprinzip...", cit., pp. 62-63 e jurisprudência citada em ambas as obras).

se prevista em termos gerais, subordinada ao requisito da *justa causa*. Vimos já também que se encontra prevista em particular para o regime do agravamento do risco – porém, trata-se aqui de um remédio aberto para fazer face a uma situação de desequilíbrio objectivo do contrato, e não a uma situação de violação de *Obliegenheiten* contratuais – o paralelo regulatório existe face ao regime da alteração das circunstâncias, embora este esteja sujeito a pressupostos diversos¹⁰⁵³. Os mais delicados problemas que aqui se defrontam são, pois, por um lado, atinentes à densificação do que seja essa *justa causa*.

B. Breve excursus juscomparatístico. A evolução no ordenamento jurídico alemão e o sistema das "Verschuldensquoten"

É relevante situar o leque de remédios postos à disposição pela lei nacional no mapa traçado pelas opções recentemente feitas, ou ensaiadas, por outros ordenamentos europeus. A previsão da exoneração do segurador nos casos de comportamentos levados a cabo com dolo é relativamente transversal. As diferenças entre estas mais jovens tomadas de posição mostram-se, sim, de modo decisivo, em matéria de redução da prestação.

Por um lado, identificamos os ordenamentos onde teve especial reverberação a opção feita pela Alemanha com a nova VVG, que fez assentar a consequência da violação de *Obliegenheiten* na redução da contraprestação na medida não da simples culpa, mas da negligência grosseira do incumpridor. Esta opção, que vinha, não isenta de controvérsia, do art. 14 da VVG suíça, atinente à causação do sinistro, passou, assim, a cânone generalizado de sancionamento da violação destas posições. Instituiu-se, deste modo, um sistema de quotas de culpa ("Verschuldensquoten"). Este modelo manifesta-se, para além de na nova VVG (alemã), no projecto entretanto abandonado atinente a uma nova VVG suíça, face aos regimes da causação do sinistro e da violação de *Obliegenheiten* (art. 41., n.ºs 2 e 6)¹⁰⁵⁴. E

¹⁰⁵³ O mesmo se diria do direito a propor uma modificação do contrato, que nesse quadrante emerge para o segurador. Não podemos, porém, sequer tratá-lo como um remédio autónomo, já que, nem ao segurador, nem a um juiz que eventualmente conheça a causa assiste legitimidade para impor uma modificação contratual face a tal agravamento do risco – ao contrário do que acontece em relação ao regime da alteração das circunstâncias. A especialidade desta faculdade de propor uma modificação à contraparte no decurso do contrato face a qualquer outra hipótese análoga está no facto de aqui o silêncio valer aprovação (art. 93.º, n.º 2, al.).

¹⁰⁵⁴ Cfr. <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2011/7819.pdf>.

afirma-se também no regime dos PEDCS, sendo admitida a sua previsão em consequência da causação negligente do sinistro, ou da violação negligente do dever de salvamento (art. 9:101, 2), ou em consequência da violação de medidas cautelares previstas no contrato (art. 4:103, 2).

Diferente é o caso da Bélgica, face à recente adopção da LA, como será o da Espanha, caso venha a ser, como se espera, aprovado o *Anteproyecto Cod. Merc.* A opção destes ordenamentos foi, ou será, pela manutenção dos regimes por que já se pautavam¹⁰⁵⁵, e que não diferem das vias seguidas, por exemplo também pela Itália. Os caminhos trilhados são aqui fundamentalmente dois. Prevê-se, como consequência para a violação de deveres de comunicação de um agravamento do risco, ou de não causação deste agravamento, a exoneração do segurador *na proporção dos prémios pagos*. De resto, a consequência aplicável à violação destes deveres é a da redução da contraprestação *na medida do dano causado*, pressupondo-se que tal violação seja culposa ou mesmo que atinja um limiar de negligência agravado. Em face destes sistemas, apenas limitadamente se pode dizer que a culpa é, não só pressuposto, mas também medida da consequência: apenas no sentido de a sanção mais grave, consubstanciada na exoneração do segurador, vir apenas associada aos casos de dolo, e não já aos de mera negligência.

Inserindo-se o RJCS neste último grupo, teremos ocasião de ver um sistema desta espécie em actuação nas partes que se seguem. Antes de o fazer, perscrutaremos o modelo alemão. Tal tem utilidade desde logo para mapeamento de outras possibilidades, de *iure condendo*. Nenhum outro ordenamento próximo do nosso parece ter tido o regime do incumprimento destas exigências de conduta como ponto tão central na alteração legislativa e merecedor de tão viva atenção, como o ordenamento jurídico alemão. Ora, o resultado desse debate foi, como referimos, a implantação de um sistema de quotas de culpa – num sistema que, aliás, à diferença do nosso (art. 494.º do CC), não conta sequer com uma norma de ponderação da medida da culpa para determinação da indemnização em sede de responsabilidade civil delitual.

Atentar nas mudanças sofridas pela VVG na matéria permitir-nos-á desde

¹⁰⁵⁵ Tal foi muito claro face à LA, havida como codificação da legislação existente – JEAN-MARC BINON/MARCEL FONTAINE, "La loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, Présentation générale, Dispositions relatives au droit du contrat d'assurance", *RDCB*, 10, 2014, pp. 949-970, p. 951, usando a expressão francesa da "codification à droit constant". Tal mera continuação dos regimes já vigentes, associada à precipitação, com conseqüente falta de debate público, na adopção da nova lei, é uma das críticas centrais dirigidas ao diploma (pp. 952-953).

logo abarcar várias décadas de crítica e debate de propostas de regulação da matéria; e, como vimos, ainda compreender as vias trilhadas pela entretanto abandonada proposta de nova lei do contrato de seguro suíça e, mais relevantemente, pelo (potencial) Direito europeu opcional, que parece ter sido nesta sede em larga medida influenciado pelo Direito alemão. E, por contraponto ou por insuspeita similitude, fornecer-nos-á ainda uma bitola de comparação das soluções nacionais – tanto mais quanto, desde há longas décadas, o núcleo do sistema jurídico português vem mantendo um profícuo diálogo com o sistema jurídico alemão.

a. A mudança de paradigma na regulação do incumprimento de *Obliegenheiten*: abandono do "princípio do tudo-ou-nada"

Na lei vigente até 2008 – e analisando-a sobretudo no tocante aos deveres correlatos dos que aqui analisamos – era patente a fragmentação regulativa¹⁰⁵⁶. O

¹⁰⁵⁶ A bem da clareza, damos aqui uma visão panorâmica da regulação dos deveres pré-contratuais e contratuais laterais ao tempo da versão anterior da VVG, acompanhando em grande medida CHRISTIAN ARMBRÜSTER, *Das Alles-oder-nichts...* cit., pp. 4-9; sobre os expedientes jurisprudenciais que visaram suavizar os rigores do regime, cfr. ainda, por exemplo, WOLFGANG RÖMER, "Alles-oder-Nichts-Prinzip?", *NVersZ*, 2000, pp. 259-262, p. 260. À face do anterior § 6, precedente do actual § 28, cumpria distinguir entre *Obliegenheiten* que deveriam ser cumpridas antes e *Obliegenheiten* que deveriam ser cumpridas depois do sinistro. Em ambos os casos, a consequência da perda da contraprestação dependia de expressa previsão contratual. Ora, face ao primeiro conjunto, tratado no § 6, II, quando se tratasse de um dever de *minorar ou impedir o agravamento do risco*, haveria *exoneração total do segurador quando* – e não na medida em que – tal incumprimento fosse *culposo e tivesse tido influência sobre a verificação do sinistro*. Ou seja, ainda que a violação do dever fosse meramente concausal do sinistro, a exoneração era total. Já quando se tratasse de uma actuação que aumentasse o risco, entendia-se que deveria haver um nexo de ilicitude ("Rechtswidrigkeitszusammenhang") entre o agravamento do risco e o sinistro. O *agravamento do risco determinado pela violação do dever deveria ter sido causal para o sinistro* – bastava, porém, aqui que tivesse *havido um mero agravamento estatístico do risco*. Em termos de distribuição do ónus da prova, cabia ao segurador provar a violação objectiva do *Tatbestand*. Uma vez feita esta prova, o tomador apenas se desonerava provando a ausência de culpa ou o facto de a violação não ter tido consequências.

Caso se tratasse de uma *Obliegenheit* a cumprir antes da ocorrência do sinistro, mas sem relação com o risco – *maxime*, as que denunciam o "risco subjectivo" do tomador –, não valia aqui o requisito de causalidade previsto no § 6, II. No entanto, a jurisprudência limitava aqui as hipóteses de exoneração, considerando que esta não tinha lugar quando fosse impensável uma lesão ou colocação em risco dos interesses do segurador através da lesão da obrigação. Um exemplo destes deveres era o de *notificação da alienação da coisa* sobre a qual recaía o seguro, no caso dos seguros de coisas; este dispunha, porém, de um regime próprio, nos termos do § 71, I, que determinava a exoneração total do segurador em caso de atraso de mais de um mês na notificação. Para suavizar a severidade da consequência, o BGH tornou a exoneração dependente de uma ponderação de interesses, rejeitando tal consequência quando fosse desproporcional face à gravidade da violação.

Já o regime das *Obliegenheiten* a cumprir a partir da ocorrência do sinistro, previsto no § 6, III, se destacava do anterior. Em primeiro lugar, a violação dolosa dos deveres determinava a perda da prestação, independentemente de qualquer requisito de causalidade. A partir da reforma legal de 1939, havendo negligência grosseira, a prestação subsistia na medida em que a violação não tivesse

pressuposto geral para a aplicação de consequências ao incumprimento era a culpa do obrigado; porém, tal culpa era em geral presumida. O patamar mínimo da censura relevante era geralmente o da negligência simples, salvo nos casos da causação do sinistro (§ 61) e do dever de salvamento (§ 62), em que se requeria pelo menos a negligência grosseira. A partir da reforma de 1939, este passou a ser também o patamar mínimo da censura relevante na hipótese das *Obliegenheiten* de fonte contratual concebidas para valer a partir da entrada do sinistro (§ 6, III).

A causalidade tinha um relevo marcadamente assimétrico – desde a total irrelevância, no caso de violação dolosa do último tipo de *Obliegenheiten* mencionado (irrelevância de algum modo mitigada pela "Relevanzrechtsprechung"¹⁰⁵⁷), ou do dever de salvamento, até à determinação quantitativa do montante da redução da prestação, no caso de violação grosseiramente negligente do mesmo tipo de *Obliegenheiten*, ou do dever de salvamento; até, maioritariamente, à determinação em termos binários da perda ou

influenciado o seu surgimento ou o seu montante. Ou seja, aqui, a causalidade determinava o próprio montante da redução da prestação. Face à rigidez do regime da violação dolosa, a jurisprudência foi construindo várias limitações à sua aplicação. Muito importante foi o critério jurisprudencial da relevância ("Relevanzrechtsprechung"), que rejeitava a consequência da exoneração quando a violação não fosse adequada a lesar seriamente os interesses do segurador e quando o tomador não tivesse actuado com culpa relevante. Por outro lado, paralisou-se a invocação da exoneração por aplicação do instituto do abuso do direito, quando tal consequência fosse para o tomador desproporcionadamente severa. Condicionou-se ainda tal faculdade do segurador, no caso dos deveres de informação e esclarecimento, a o tomador ter sido instruído sobre esta consequência jurídica. Aplicou-se ainda um critério de separabilidade do incumprimento: quando este se referisse apenas a determinado grupo de objectos sobre os quais recaísse o interesse seguro, a esse âmbito se limitaria a exoneração.

O regime do *dever de salvamento* mostrava grande semelhança com o que acabámos de expor: requeria pelo menos a *negligência grosseira*; por outro lado, a *violação dolosa* dos deveres determinava a *perda da prestação*, independentemente de qualquer requisito de causalidade (§ 62, II). Com a reforma de 1939, passou a aplicar-se uma limitação causal também aqui: nos casos de negligência grosseira, o segurador ficaria vinculado à prestação *na medida em que* ("insoweit... als") a medida do dano não houvesse sido menor com o cumprimento do dever em causa. A jurisprudência desenvolveu a este propósito limitações similares às desenvolvidas a propósito do § 6, III.

O regime da causação culposa do sinistro tinha como *consequência exclusiva a exoneração*, pressupondo para tal pelo menos a *negligência grosseira* do tomador (§ 61). O ónus da prova deste requisito subjectivo assentava no segurador. Dada a rigidez da consequência jurídica, o BGH tratou de suavizar os rigores do regime através da modulação do requisito da negligência grosseira, entendendo que esta não se verificava nos casos de falha momentânea ("Augenblickversagen"): quando o sinistro se houvesse produzido devido a falha meramente momentânea do tomador. Com tal, deu-se a deslocação do enquadramento de um grande número de casos da negligência grosseira para a simples.

O *agravamento do risco* (§§ 25, I e 23, I) determinava fundamentalmente a perda da contraprestação, tendo como pressupostos a *culpa* – aferida face à lesão do dever de não agravamento do risco – e a *causalidade*, no sentido de *o agravamento do risco dever ter tido influência sobre a ocorrência do sinistro ou o âmbito do dever de prestar*. O BGH estabeleceu aqui, porém, uma limitação, por convocação do princípio da boa fé (§ 242 BGB), paralisando a exoneração quando a concausalidade não fosse significativa ("unbedeutend").

¹⁰⁵⁷ Cfr. a nota anterior.

manutenção total da prestação, impondo-se, para efeitos da manutenção da prestação, a prova de que a violação (nos casos de *Obliegenheiten* de fonte contratual concebidas para valer antes da ocorrência do sinistro, bem como nos casos de dever de não agravamento do risco) ou a circunstância em causa (nos casos de violação do dever de declaração inicial do risco) não tinha (co-)influenciado a ocorrência do sinistro ou a extensão da prestação do segurador.

Salvo nos casos contados em que a causalidade determinava também a medida da redução da prestação, estas consequências funcionavam, pois, maioritariamente, em termos de um "princípio do tudo ou nada" (*Alles-oder-nichts-Prinzip*): ou manutenção do direito à contraprestação na sua totalidade, no caso de cumprimento, ou perda total do direito à contraprestação, no caso de incumprimento. Perante este pano de fundo e a forte crítica que a doutrina exercia face à sua fragmentação e excessiva severidade¹⁰⁵⁸, coube à jurisprudência um papel muito activo de mitigação dos resultados práticos dos preceitos – o que, por sua vez, criava considerável assimetria entre o Direito positivado nos textos legais e o Direito verdadeiramente vigente.

Estes quadros sofreram uma grande alteração no regime da VVG de 2008¹⁰⁵⁹. A exoneração total do segurador continuou a ser prevista. Porém, só vale para as hipóteses de violação dolosa de *Obliegenheiten*. E só vale na medida em que a violação de tais *Obliegenheiten* seja causal quanto à ocorrência do sinistro (§ 81) ou a determinação ou âmbito do dever de prestar do segurador (§§ 26, III, 1, 28, III, 82, III). Apenas no caso de incumprimento fraudulento poderá haver exoneração independentemente de causalidade – é o que ocorre em sede de *Obliegenheiten* contratuais ou do regime do salvamento (§ 28, III, última frase; § 82, IV, última frase). Por via de princípio (cfr. porém o § 24, I, última frase), o limiar mínimo da

¹⁰⁵⁸ Já assim, por exemplo, ALBERT EHRENZWEIG, *Versicherungsvertragsrecht I...* cit., p. 324: "Das richterliche Mäßigungsrecht ist – leider! – ausgeschlossen"; cfr. ainda LUDWIG RAISER, "Entwicklungslinien...", cit., pp. 379 e ss., e, com vasta indicação bibliográfica, CHRISTIAN ARMBRÜSTER, *Das Alles-oder-nichts...* cit., pp. 12 e ss.; Veja-se o enfático exemplo dado por PETER SCHIMIKOWSKI, "Überlegungen zu einer Reform des Versicherungsvertragsgesetzes", *r+s*, 9, 2000, pp. 353-359, p. 353, relativamente ao carácter quase corriqueiro que tal regime abria às possibilidades de perda total da garantia: bastaria pensar no detentor de seguro contra os danos causados no próprio veículo automóvel que, provocando tais danos por desatenção momentânea devida a um ataque de tosse do filho que seguisse no banco de trás, decaísse completamente, por aplicação do § 61, do seu direito à prestação. Acrescente-se que esta esta seria uma das hipóteses de aplicação correctiva da jurisprudência da "falha momentânea", que referimos acima em nota.

¹⁰⁵⁹ Quanto ao que dizemos de seguida, KOMMISSION ZUR REFORM DES VERSICHERUNGSVERTRAGSRECHTS, *Abschlussbericht...*, cit., pp. 29-30.

responsabilização é o da negligência grosseira; verificada esta, o segurador pode reduzir a sua prestação na medida da culpa do tomador. A nível de prova, estabelecido o preenchimento objectivo do Tatbestand, é presumida a negligência grosseira, bem como a causalidade da violação face ao sinistro ou às suas consequências que, num sistema assente na perda ou redução da contraprestação, fornecem a medida do dano. Cabe ao tomador afastar ambas as presunções; por sua vez, o segurador terá que provar o comportamento doloso do tomador de que se queira prevalecer. Estes quadros não se replicam, como vimos, relativamente à *Obliegenheit* de notificação do sinistro e prestação de informações complementares, que a prática contratual contudo geralmente associa às consequências previstas para as hipóteses paralelas.

Face a este sistema, apresenta-se a "Leistungsfreiheit" e a "Leistungskürzung" como um *continuum*, afirmando-se para toda a escala o *alcance preventivo-repressivo das consequências*, já que estas são em última instância ditadas pela ponderação do grau de culpa manifestado no incumprimento¹⁰⁶⁰.

b. Em particular: o sistema da redução da contraprestação na medida da culpa em caso de incumprimento negligente

Era este o modelo seguido já pelo art. 14, II, da VVG suíça, atinente à causação do sinistro com negligência grosseira. Aqui, há lugar a uma redução da prestação na medida da culpa – ou seja, de acordo com o grau de negligência grosseira patenteada no facto. Na contrafeita construção de ROELLI¹⁰⁶¹, a norma deveria ser entendida como vedando, em caso de conclusão pela negligência grosseira, quer a exoneração total do segurador, quer a realização da prestação no seu montante completo. Neste intervalo, cabia ao juiz a fixação da redução

¹⁰⁶⁰ Assim, por exemplo, este *continuum* surge marcadamente no pensamento de CHRISTIAN ARMBRÜSTER, *Das Alles-oder-nichts...* cit., *passim* (apenas a título de exemplo, pp. 3, 39, 65-66); PETER SCHIMIKOWSKI, "Überlegungen...", cit., p. 358. A própria lei parece apontar nesse sentido – cfr. o § 28, IV, da VVG, referindo-se a uma "vollständige oder teilweise Leistungsfreiheit". Não assim, aparentemente, a KOMMISSION ZUR REFORM DES VERSICHERUNGSVERTRAGSRECHTS, *Abschlussbericht...*, cit., p. 43, contrapondo "Leistungsfreiheit" a "Kürzung der Versicherungsleistung".

¹⁰⁶¹ HANS ROELLI, *Kommentar...I*, cit., p. 225: "Eine derartige Norm öffnet den Streitigkeiten über den Verschuldensgrad förmlich Tor und Tür. Doch Gesetz ist Gesetz. Wir haben uns daher mit Art. 14² – wie mit 14³ [...] – schlecht und recht abzufinden."; para o sistema de determinação da redução, pp. 227 e sobretudo 228.

competente, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto.

Nem a referência, no ordenamento de origem, ao regime da redução da prestação na medida da culpa enquanto "wohl die bedenklichste Satzung des ganzen VVG", que abriria uma "unversiegbare Prozessquelle"¹⁰⁶², nem a aparente imprevisibilidade das soluções nele ancoradas¹⁰⁶³, parecem ter atemorizado a doutrina alemã, que durante longo tempo requereu a implantação deste modelo na respectiva ordem jurídica. E a própria prática seguradora parecia vê-lo com bons olhos, adotando já como prática preventiva de litígios a fixação contratual da redução da prestação em caso de causação do sinistro com negligência grosseira¹⁰⁶⁴.

Com a entrada em vigor da nova VVG, o sistema da exoneração do segurador na proporção da culpa do incumpridor passou a valer como regra geral, quer para o incumprimento de *Obliegenheiten* contratuais (§ 28, II), quer para o incumprimento das com fonte legal (§ 26, I e II, quanto ao agravamento do risco; § 81, II; § 82, III). O limiar mínimo de accionamento da consequência é, como repetimos já, o da negligência grosseira – conquanto esta se presuma. Diga-se, porém, que, para além de diferenças ao nível da distribuição do ónus da prova, os diferentes regimes apartam-se por via do papel da causalidade em cada um: ao contrário do sistema do § 81, assente na pura ponderação da culpa, os sistemas dos §§ 26, III, 1, 28, III e 82, III, permitem ao tomador a prova de que a violação em causa não foi causal para o âmbito da prestação do segurador.

O receio de insegurança jurídica quanto às consequências de violação de *Obliegenheiten* dir-se-iam aqui plenamente justificados. A ponderação assente apenas no grau de culpa¹⁰⁶⁵ não tem paralelo no ordenamento alemão; e o grau de minúcia desta, a processar apenas no espectro entre a negligência grosseira e o dolo, seria de molde a alimentar incertezas quanto à sua concretização¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶² HANS ROELLI, *Kommentar...I*, cit., p. 225.

¹⁰⁶³ É ilustrativo o caso referido em CHRISTIAN ARMBRÜSTER, *Das Alles-oder-nichts...* cit., p. 52, n. 14, em que o BGH suíço reviu a redução decretada pelo Tribunal *a quo* de 15% para 80%.

¹⁰⁶⁴ Na doutrina, cfr., por exemplo, WOLFGANG RÖMER, "Alles...", cit., pp. 261-262. Terá sido este o sistema acolhido em relação ao "Kaskoversicherung", nas AVB, relativamente à causação do sinistro com negligência grosseira: o segurador renunciava à invocação do § 61, mas tinha o direito a reduzir a prestação na medida da negligência do segurado.

¹⁰⁶⁵ DIRK LOOSCHELDERS, "Quotelung bei Obliegenheitsverletzungen: Alles, Nichts oder die Hälfte", *ZVersWiss*, 98, 2009, pp. 13-33, p. 16. Como veremos, a causalidade opera aqui num momento prévio, por via de exceção, permitindo ao segurado retirar o todo ou parte do valor potencial da prestação do âmbito da ponderação da culpa.

¹⁰⁶⁶ Assim, EGON LORENZ, "Zur quotalen...", cit., pp. 862-866, considerando que, com a previsão deste modelo, se tinha introduzido no sistema uma tríplice fonte de litígios: quanto à demarcação entre negligência simples e grosseira – segundo Ritter, cit. ap. DIRK LOOSCHELDERS, "Quotelung...",

Porém, se a transição dos antigos contratos para o novo regime tem suscitado alguns problemas¹⁰⁶⁷, deve dizer-se que as águas não se têm mostrado particularmente agitadas, na sequência da implementação deste regime, quanto à questão da determinação da medida de redução com base na culpa. Não se pode, nesta matéria, negligenciar o papel harmonizador das Recomendações da "Deutsche Akademie für Verkehrswissenschaft", bem como das Orientações ("Goslarer Orientierungsrahmen") elaboradas na sua sequência por um grémio de agentes interessados¹⁰⁶⁸. A metodologia recomendada teve um grande efeito estabilizador da relevante casuística atinente às questões do tráfego automóvel – e tem, em grande medida, potencial expansivo para além deste âmbito.

Saliente-se, antes de mais, que a causalidade não deixa de ter um papel neste modelo – e um papel no sentido de determinar não só o "se", mas também, por oposição, o "quantum" da redução. A causalidade actua aqui por via de excepção, permitindo ao tomador a prova de que o incumprimento não foi causal para (i) a *ocorrência do sinistro* ou (ii) a sua *determinação*, (iii) o *estabelecimento do dever de prestar* ou (iv) o *âmbito deste dever*, a respectiva prova negativa logra retirar o *todo* (i, ii ou iii) ou *parte* (iv) do montante *prima facie* devido pelo segurador da ponderação que poderá levar à sua ulterior redução com base na culpa do tomador. Conquanto a atenção que lhe tem sido dada na sequência da entrada em vigor da nova VVG seja incomparavelmente pequena face às questões da mensuração do grau de negligência, esta é uma excepção em geral invocável face à redução da prestação e, fora dos casos da causação do sinistro, funciona em articulação com tal remédio¹⁰⁶⁹. Com efeito, nestes casos, é sobre o montante da prestação que resistir à

cit., p. 17, seria essa a questão mais controvertida na ordem jurídica suíça, a propósito da causação do sinistro –, quanto à determinação do grau de negligência grosseira manifestado na conduta; e quanto ao apuramento da quota de exoneração correspondente.

¹⁰⁶⁷ RAINER HEB, "Die Quotenbildung nach dem VVG – Erfahrungen seit 2008", *r+s*, 2013, pp. 1-10, pp. 2-3.

¹⁰⁶⁸ DEUTSCHER VERKEHRSGERICHTSTAG – DEUTSCHE AKADEMIE FÜR VERKEHRSWISSENSCHAFT, 47. *Deutscher Verkehrsgerichtstag, Empfehlungen*, 2009, disponível em http://www.deutscher-verkehrsgerichtstag.de/images/empfehlungen_pdf/empfehlungen_47_vgt.pdf (consultado pela última vez a 13.02.2015), p. 2, recomendando exactamente no n.º 6 a elaboração, quanto antes, de "eine Tabelle von Musterquoten als Orientierungsrahmen für den Bereich der Kraftfahrt-Versicherung". As "Goslarer Orientierungsrahmen" (assim chamadas devido ao local onde decorre o "Verkehrsgerichtstag") surgiram nessa sequência, aprovadas pela dita conjugação de interessados – associações de defesa do consumidor, do negócio segurador, da advocacia e da magistratura –, podendo ser consultadas, por exemplo, em <http://www.iww.de/vk/archiv/versicherungsvertragsrecht-goslarer-orientierungsrahmen-quotenbildung-nach-dem-neuen-vvg-f29576>.

¹⁰⁶⁹ Pressagiando que as questões de causalidade iriam, com a nova VVG, passar para o primeiro plano nos diferendos jurídicos, KARL MAIER, "Die Leistungsfreiheit bei Obliegenheitsverletzungen nach dem Regierungsentwurf zur VVG-Reform", *r+s*, 2007, pp. 89-92, p. 92; secunda-o neste juízo

invocação da excepção que funciona a "Quotierung". Ou seja, ao contrário do que acontece num modelo como o belga, o espanhol, ou o nosso, não se nega, vg., ao segurado pura e simplesmente o acréscimo do montante da prestação que tenha sido determinado pela violação de uma *Obliegenheit*: o processo não termina na dedução do dano causado. É exactamente sobre esta parcela causalmente determinada pela violação da *Obliegenheit* que intercederá a formação de uma quota de redução na medida da culpa¹⁰⁷⁰. Dir-se-ia, pois, que o modo de operar comportaria algum paralelo – limitado, desde logo porque a decisão não é de equidade e se funda apenas na avaliação da culpa – com o do art. 494.º do CC. Tal não faz, porém, justiça aos contornos do sistema, pois obnubila uma dimensão fundamental do recorte da esfera de responsabilidade: a da distribuição do ónus da prova, que serve consabidamente a deslocação daquelas fronteiras. Lembre-se que aqui recai sobre o segurado o *risco da prova negativa atinente aos efeitos do incumprimento sobre a ocorrência do sinistro ou a medida das suas consequências* – pelo que, considerada também a dimensão jus-probatória, o modelo parece merecer a final o escopo preventivo-repressivo que os seus cultores lhe assacam.

A jurisprudência tem convocado para esta sede o conceito geral de negligência grosseira, concebida como uma lesão especialmente grave do cuidado exigido no tráfego. Esta negligência é apreciada numa vertente objectiva, atinente ao desatender especialmente grosseiro de tal cuidado e numa vertente subjectiva,

DIRK LOOSCHELDERS, "Quotelung...", cit., p. 15.

¹⁰⁷⁰ Veja-se um exemplo da invocação parcialmente bem sucedida da falta de causalidade para a determinação do montante da prestação da violação da *Obliegenheit* de entregar à polícia uma lista dos bens sonogados no ac. do LG de Dortmund de 15 de Julho de 2010, 2 O 8/10, nm. 41. Uma vez que a finalidade de tal "Obliegenheit" era a de permitir à polícia localizar os bens sonogados, logrando o interessado provar que parte dos bens sonogados não era individualizável (tratava-se de jóias e de ouro antigo que eram vendidos em grosso, ao peso do ouro que continham), a entrega à polícia de uma lista com a sua descrição não serviria aquele propósito, perdendo o seu sentido. Como tal, *no tocante a estes bens não individualizáveis*, considerou-se procedente a (contra)prova de que a falta ao dever não tinha influenciado o âmbito do dever de prestar do segurador; assentou-se, pois, numa falta de causalidade parcial. Apenas no tocante ao valor dos bens individualizáveis, que poderiam eventualmente ter sido localizados pela polícia mediante descrição tempestiva – ao dano cujo risco de ocorrência foi potenciado pelo incumprimento do segurado – se fez depois operar a redução (nm. 69). Outro exemplo elucidativo pode ser colhido em MICHAEL NUGEL, *Kürzungsquoten nach dem VVG*, Deutscher Anwaltverlag Bona, 2012, p. 42, relativamente ao seguro contra danos num veículo automóvel, relativamente ao qual o segurado tivesse omitido com negligência grosseira a declaração de um dano prévio e do seu valor. Ora, sendo o valor do dano total de €10.000 e o valor do dano prévio culposamente não declarado de €1.000, não se poria em causa a prestação no valor de €9.000, não afectada por tal omissão; os €1.000 por ela afectados seriam o objecto da ponderação na medida da culpa, que tendencialmente determinaria o pagamento de parte deste montante.

atinente à indesculpabilidade do comportamento¹⁰⁷¹. A tendência tem sido – com o aplauso da doutrina e na senda das Recomendações da "Deutsche Akademie für Verkehrswissenschaft"¹⁰⁷² – a da construção de grupos de casos baseados na vertente objectiva da falta de cuidado, começando a apreciação de cada nova questão concreta pela sua recondução a um destes conjuntos – convocando as "Goslarer Orientierungsrahmen", mas indo muito para lá destas¹⁰⁷³. Tal fornece uma quota de redução inicial, que será depois alterada tendo em consideração as circunstâncias de cada caso, em atenção à vertente subjectiva da negligência¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷¹ OLIVER BRAND, "Das Quotelungsprinzip...", cit., p. 68.

¹⁰⁷² DEUTSCHER VERKEHRSGERICHTSTAG – DEUTSCHE AKADEMIE FÜR VERKEHRSWISSENSCHAFT, *Empfehlungen*, cit., p. 2, HORST BAUMANN, "Der Streit um die Quote", *r+s*, 2010, pp. 51-55, p. 53; veja-se ainda a sugestão do autor quanto à previsão no contrato de patamares ("Korridoren") de apreciação medida da culpa – da negligência grosseira –, aplicando-se dentro de cada um deles uma redução da prestação pré-definida. Esta proposta não é, porém, isenta de reparos, já que, funcionando numa lógica de patamares, acomuna diferentes graus de culpa sob a mesma consequência – o que pode ser considerado incompatível com o § 81, que manda reduzir a prestação na medida da culpa (assim, EGON LORENZ, "Zur quotalen...", cit., p. 863, conquanto não avalie concretamente esta proposta).

¹⁰⁷³ Com efeito, as "Goslarer Orientierungsrahmen" apenas fornecem orientação face a casos conexos com o tráfego automóvel; a necessidade prática de julgar uma muito mais vasta variedade de casos tem levado a um grande alargamento da paleta de casos-tipo pré-disponíveis, como se pode constatar, vg., em MICHAEL NUGEL, *Kürzungsquoten...* cit., pp. 83 e ss., ou mais limitadamente, em RAINER HEB, "Die Quotenbildung...", cit., pp. 6 e ss. Esta metodologia encurta, assim, a distância que separaria o enfeitado modelo da consideração inicial de uma redução a 50% e o modelo de uma pura e simples valoração global atendendo às circunstâncias do caso – assim, RAINER HEB, "Die Quotenbildung...", cit., p. 4. Rejeitando esta metodologia, mas operando, afinal em constante diálogo com ela, cfr. ac. do LG de Dortmund de 15 de Julho de 2010, 2 O 8/10, nm. 47 e 52 e ss.

¹⁰⁷⁴ A jurisprudência tem preferido operar com grandes degraus de ponderação, em lugar de adoptar uma metódica de pequenos passos – concretizando, tem-se, caso se conclua pela negligência grosseira, fundamentalmente decidido entre reduzir totalmente a contraprestação, reduzi-la a 75%, reduzi-la a 50%, reduzi-la a 25% ou mantê-la por inteiro (Assim, DEUTSCHER VERKEHRSGERICHTSTAG – DEUTSCHE AKADEMIE FÜR VERKEHRSWISSENSCHAFT, *Empfehlungen*, cit., p. 2, n.º 4; HORST BAUMANN, "Der Streit...", cit., p. 53). A questão controversa de saber se seria legítimo, afirmada a negligência grosseira, reduzir a zero a contraprestação, ou concedê-la por inteiro, tem sido, pois, afirmada, com o apoio da maioria da maioria da doutrina (é esta também posição de DEUTSCHER VERKEHRSGERICHTSTAG – DEUTSCHE AKADEMIE FÜR VERKEHRSWISSENSCHAFT, *Empfehlungen*, cit., p. 2, especialmente n.ºs 3, 4 e 7. Cfr., para além da que citamos aqui, a doutrina citada em DOMINIK SCHÄFERS, "Mindest- und Höchstquote bei grober Fahrlässigkeit – Ein Beitrag zur Leistungskürzung im Rahmen der §§ 26 Abs. 1 S. 2, 28 Abs. 2 S. 2, 81 Abs. 2, 82, Abs. 3, S. 2, 86 Abs. 2 S. 3 VVG", *VersR*, 19, 2011, pp. 842-846, p. 843, em notas. HORST BAUMANN, "Der Streit...", cit., p. 53; EGON LORENZ, "Zur quotalen...", cit., p. 864. Quanto à legitimidade da redução da prestação a zero, cfr. especialmente OLIVER BRAND, "Das Quotelungsprinzip...", cit., pp. 63-66, que contraria os argumentos apresentados, vg., por DOMINIK SCHÄFERS, "Mindest-...", cit., pp. 843-844). Suscita-se, por outro lado, a questão do melhor enquadramento a dar às hipóteses de violação simultânea de várias Obliegenheiten. Em abstracto, vários modelos seriam aqui possíveis. A doutrina tem, porém, recomendado, e a prática seguido, um modelo assente na "valoração global" das circunstâncias ("Gesamtwürdigungsmodell") – DEUTSCHER VERKEHRSGERICHTSTAG – DEUTSCHE AKADEMIE FÜR VERKEHRSWISSENSCHAFT, *Empfehlungen*, cit., p. 2, n.º 8; RAINER HEB, "Die Quotenbildung...", cit., p. 5; OLIVER BRAND, "Das Quotelungsprinzip...", cit., pp. 78-79; na jurisprudência, cfr. ac. do LG de Dortmund de 15 de Julho de 2010, 2 O 8/10, nm. 58 e ss. Abandonado foi, pois, um modelo de consumpção, segundo o qual a violação mais gravosa consumiria as restantes, por se considerar que este trataria, injustificadamente, de igual modo o infractor de um dever singular e o infractor de múltiplos deveres. E foram

§ 2. A perda e a redução da contraprestação

A. Condutas relevantes

Começamos por um esclarecimento terminológico. Não usamos aqui o termo ilicitude, que suporia o desvio face a um cânone de conduta, apto a indiciar um juízo de desvalor jurídico¹⁰⁷⁵. Face à densificação das *fattispecie* destes deveres previstas nas disposições legais, tal como foram interpretadas na parte anterior, estaria à partida indiciado tal juízo de ilicitude, por violação da boa fé, por vezes cumulada com a ordem pública e os bons costumes. Já face a outras hipóteses de recorte de condutas ligadas ao risco, por via contratual, o desvio face ao cânone de conduta pode não indiciar um desvalor jurídico. Tal prende-se com uma questão que vem sendo um lugar revisitado no presente trabalho: a de que *o desvio face a um standard de conduta prescrito ou estipulado é também uma linha divisória do risco transferido*.

Ainda tornaremos a este tema.

a. Estrutura das condutas requeridas

Para associar à conduta do segurado qualquer das consequências descritas, há que apurar se aquela se desvia de um standard pressuposto. Tal faz-se, em qualquer caso, pela *interpretação da fonte da valoração da conduta do segurado*. Ora, tais

igualmente abandonados modelos que assentavam numa lógica aritmética rígida – como o que propunha a simples adição das quotas de encontradas para cada violação ("Aditionsmodell") e o, face a cada violação, operava sucessivamente com nova ponderação de quota sobre o resultado da ponderação anterior (por via da multiplicação, portanto: "Multiplicationsmodell"). Operando apenas com base numa regra lógica ou matemática, estes mostravam-se cegos à lógica material e à ponderação requerida pela situação concreta. O modelo preferido procura valorativamente dar uma atenção conjunta às várias infracções, formando para elas uma quota unitária de redução. Nesta ponderação global, a causação do sinistro entra com o mesmo peso e do mesmo modo que a infracção de qualquer outra Obliegenheit – tal a posição seguida pela jurisprudência e pela maioria da doutrina, conquanto a visão dominante seja a da qualificação da exoneração total ou parcial em caso de causação do sinistro como uma verdadeira exclusão do risco (OLIVER BRAND, "Das Quotelungsprinzip...", cit., p. 78). Contra esta solução, tida por metodologicamente desadequada face à diferente natureza jurídica da causação do sinistro, EGON LORENZ, "Zur quotalen...", cit., pp. 865-866.

¹⁰⁷⁵ Mesmo em sede de responsabilidade civil, vem-se evitando a confluência do juízo de preenchimento dos pressupostos de relevância objectiva de uma conduta com o juízo de ilicitude, já que este supõe uma avaliação mais cabal das circunstâncias da conduta, aferindo também da ocorrência de causas de justificação.

condutas têm por fonte imediata a lei – como nas hipóteses que especificamente nos ocupam –, o parâmetro da boa fé ou o próprio contrato, quando crie deveres de prevenção do sinistro ou de mitigação das suas consequências, ou de informação. Em todo o caso, *ainda que a fonte dos deveres de conduta seja um princípio ou norma de Direito objectivo*, trata-se de normas que passam a fazer parte da ordenação contratual – aliás, em face da mitigação ou notificação do sinistro, a exoneração ou redução da prestação apenas se produzem se o contrato o previr – e que *apenas concretizadas no todo de sentido que é o contrato se podem compreender*. E, como vimos a propósito da inserção destas exigências de conduta na relação contratual complexa, ainda que se trate de deveres com assento contratual específico, não se pode perder de vista a sua relação umbilical com a boa fé.

É, assim, uma solidariedade entre norma legal e contrato que está em causa na hipótese da causação dolosa, bem como nas *Obliegenheiten* de fonte legal que de momento nos ocupam: apenas por projecção da norma legal no contrato se logra determinar *quais as concretas condutas devidas*.

Ao nível da interpretação da norma legal que recorta o modelo de conduta, podemos já, porém, obter alguma recondução categorial das condutas recortadas, com utilidade para a compreensão de vários pontos do regime que lhes vem associado. Perguntar-se-ia, pois, se poderia aqui colher algum relevo a distinção entre *obrigações de meios* e *obrigações de resultado*¹⁰⁷⁶. Esta distinção pode cobrar

¹⁰⁷⁶ A terminologia em curso na doutrina nacional é uma tradução directa da que foi introduzida por RENÉ DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, V, Librairie Arthur Rosseau, Paris, 1925, pp. 536 e ss. (para uma visão panorâmica do acolhimento e crítica da figura na doutrina nacional, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, "Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa", in *Responsabilidade civil dos médicos, (Integrado no projecto de investigação bianual Responsabilidade Civil dos Médicos)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 127-255, pp. 187 e ss. e RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 24-118). Visando defender que as regras sobre ónus da prova eram idênticas para a responsabilidade delitual e contratual – havendo sempre que provar a existência de um dever, a sua inexecução e nexo causal entre esta e o dano – o autor considera que a *summa divisio* com consequências a esse nível era a que apartava obrigações de meios e obrigações de resultado. Quando o sujeito promettesse um resultado, e fosse provado que este era devido e não tinha sido executado, o devedor apenas se desoneraria provando que a inexecução era devida a caso fortuito ou de força maior. Já se o sujeito estava apenas vinculado a uma obrigação de meios – de adopção de certas medidas normalmente conducentes a um resultado – quem invocasse a sua violação tinha de provar que o devedor faltara à precaução devida. Tal era assim face à responsabilidade contratual, como face à delitual, onde os sujeitos geralmente apenas encabeçavam obrigações de meios face à não causação de dano, mas encabeçariam já obrigações de resultado quando estivesse em causa uma responsabilidade pelo risco ou por culpa presumida. O seu enorme alcance doutrinário – algo irónico, confrontado o cunho dogmático desta dicotomia com a seminal orientação de Demogue para a consideração do Direito a partir da análise de considerações diversas e

mais significativo relevo em relação a deveres de prestação, quando se aceite um conceito alargado de prestação, compreendendo não só a acção de prestar enquanto comportamento abstracto, mas *também o seu resultado jurídico*¹⁰⁷⁷. Nesses quadros,

conflituantes de política legislativa, sem as unificar num projecto de reconstrução, mas balanceando-as, sim, em juízos de ponderação (sobretudo, para a compreensão da originalidade do pensamento de Demogue, DUNCAN KENNEDY/MARIE-CLAIRE BELLEAU, "La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 56, 2006, pp. 163-211, pp. 163-181; MUSTAPHA MEKKI, "La distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat: esquisse d'un art", *Revue de droit d'Assas*, 7, 2013, pp. 77-88, p. 78) – não se deveu à descrição que por essa via se opera do conteúdo das obrigações (e que, aliás, vinha já sendo feita mesmo noutros países), mas sim às consequências práticas que daí desprendem. Com efeito, esta distinção entre "obligations de moyens" e "obligations de résultat" permitiu à doutrina aventar uma solução de conciliação dos preceitos contidos nos arts. 1137 e 1147 do *Code*, o primeiro sujeitando o devedor incumbido da guarda da coisa a usar de todos os cuidados de um bom pai de família (actualmente: "razoáveis") e o segundo determinando que o devedor seria condenado a indemnizar se não estabelecesse que a inexecução provinha de causa estranha, a si não imputável. Estes preceitos eram entre si aparentemente contraditórios, tanto ao nível do parâmetro de imputação subjectiva – exigindo o primeiro do devedor a *diligência de um bom pai de família* e apenas o desonerando o segundo nas hipóteses de *causa estranha que lhe não fosse imputável* –, como ao nível da distribuição do ónus da prova – parecendo o primeiro colocar o ónus da prova da falta de diligência sobre quem a invocava (o credor) e colocando claramente o segundo o ónus da prova sobre o devedor. A superação do paradoxo foi operada através da defesa de que o art. 1137 valia para as obrigações de meios, e o 1147 para as obrigações de resultado, conforme haviam sido definidas por Demogue (JACQUES FLOUR/JEAN-LUC AUBERT/ÉRIC SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, III, Le rapport d'obligation*, Dalloz-Sirey, 2013, disponível em <https://itunes.apple.com/pt/book/droit-civil.-les-obligations/id756584643?l=en&mt=11> (consultado pela última vez a 01.06.2015), nm. 201; FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMMLER/YVES LEQUETTE, *Obligations*, cit., nm. 577). A sua utilidade prática rapidamente se fez sentir, permitindo retirar a responsabilidade médica do campo delitual, por aplicação da categoria das obrigações de meios (ac. de 20 de Maio de 1936, da Cassação, cit. ap. KLAUS HEINEMANN, *Die Beweislastverteilung bei positiven Forderungsverletzungen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung des französischen Rechts*, Carl Heymanns, Colónia/Berlim/Bona/Munique, 1988, p. 77), e instalando-se definitivamente como arrimo jurisprudencial.

Actualmente, a distinção mantém um valor cimeiro, definindo a doutrina correntemente "obrigações de resultado" ou "obrigações determinadas" como aquelas em que o devedor deve alcançar um resultado específico, e "obrigações de meios" ou "obrigações gerais de prudência e diligência" como aquelas em que o devedor apenas se obriga a empregar os melhores meios possíveis para alcançar tal resultado, mas sem o garantir; entende-se em todo o caso que a distinção se coloca face às obrigações de *facere*, já que as obrigações de *dare* e de *non facere* são sempre de resultado (JACQUES FLOUR/JEAN-LUC AUBERT/ÉRIC SAVAUX, *Obligations, I...* cit., nm 43-45). Esta última afirmação apenas se compreende se se tiver em mente que, na doutrina francesa, as "obligations de donner" são concebidas de um modo estrito como obrigações de transferência de direitos reais (FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMMLER/YVES LEQUETTE, *Obligations*, cit., nm. 6; JACQUES FLOUR/JEAN-LUC AUBERT/ÉRIC SAVAUX, *Obligations, I...* cit., nm. 41, dando conta da crítica evidente que assim se abate sobre tal concepção – mais ainda num sistema que, tal como o nosso, assenta sobre o princípio da consensualidade – e que tem levado quer autores como Fabre-Magnan a afirmar a inutilidade da categoria, que afinal nada abarcaria, quer outra doutrina a pugnar pela consideração de uma quarta categoria atinente às obrigações de *praestare*, ao que parece sobreponível à das nossas obrigações de *dare*). De resto, está por saber em que termos se manterá a mobilização da dicotomia, agora que a Reforma do Direito dos Contratos se reporta a uma previsão unitária de conduta incumpridora, dispondo o art. 1231-1, que o devedor será condenado a indemnizar "toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part".

¹⁰⁷⁷ Referimo-nos ao trabalho de MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito...* cit. – cfr. logo pp. 12 e 16-18 – cujas considerações são retomadas e aprofundadas em relação à dicotomia em texto em MARIA DE LURDES PEREIRA/PEDRO MÚRIAS, "Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação", s/d, disponível em <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/eMeiosResultado.pdf> (consultado

apartam-se as obrigações em que "o devedor se obriga a causar certo resultado, o resultado definidor da prestação" daquelas em que o comportamento devido se define pela tentativa adequada de causação do resultado definidor da prestação¹⁰⁷⁸. A dicotomia terá então todo o interesse para o enquadramento de várias questões ligadas ao sinalagma contratual – sendo, vg., num caso e noutra diferente a aferição da impossibilidade do cumprimento, ou a aferição do cumprimento havido em sede de determinação de efeitos sobre a contraprestação¹⁰⁷⁹⁻¹⁰⁸⁰, a que crescem as

pela última vez a 12.02.2014). Partindo do conceito alargado de prestação, cunhado na Alemanha por Wieacker, a autora recondu-la aos dois elementos em texto (cuja articulação surge mais cabalmente na obra conjunta que vimos de citar), apartando o conceito da acção de prestar como comportamento em abstracto correspondente à parte da actividade necessária ao cumprimento que incumbe ao devedor, exceptuando, portanto, a conduta de cooperação com o credor (pp. 28-29); e apartando o resultado jurídico da prestação do fim "secundário" da prestação, enquanto programa de emprego da prestação previsto pelo credor (pp. 35 e ss) – e afastando-se, assim, das soluções propugnadas por Baptista Machado quanto à noção de prestação (conduta devida) e à aplicação dos regimes da impossibilidade de prestação.

¹⁰⁷⁸ Seguimos MARIA DE LURDES PEREIRA/PEDRO MÚRIAS, "Obrigações de meios...", cit., pp. 2-4, cuja depuração permite deixar claro que *em ambos os casos são devidas condutas* e que em ambos os casos *estas só têm sentido por referência a um resultado definidor da obrigação*. Simplesmente, no caso das obrigações de resultado, o comportamento devido define-se *pela causação de resultado*; senão, não será qualificado como cumprimento. No caso das obrigações de meios, o devedor não se obriga a causar o resultado, "mas a tentar causá-lo, ou melhor, a praticar os actos que, numa apreciação *ex ante*, sejam adequados a causá-lo". Por outro lado, não definindo as obrigações de meios pela sua referência tradicional ao emprego de esforços e diligências no sentido da satisfação do interesse do credor (MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE, *Obrigações*, cit., pp. 414-415; veja-se ainda toda a doutrina francesa antes citada), evita-se um argumento *a contrario* que levaria a considerar que o devedor das obrigações de resultado ou não se encontrava vinculado a actuar diligentemente, ou se encontrava vinculado e uma diligência ilimitada. Não é portanto correcto definir o conteúdo da obrigação de resultado como atinente a "um comportamento e a um resultado" sem referir esta ligação causal: não relevam outras condutas que não a causação do resultado (ocorrendo, esta consome as condutas anteriores); e não basta a produção do resultado por outra via que não a sua produção pelo devedor ou terceiro autorizado a cumprir – tal configurará um caso de impossibilidade (pense-se no exemplo clássico do navio encalhado que se liberta por mera acção das marés, antes da actuação dos serviços de socorro).

¹⁰⁷⁹ Continuamos a acompanhar MARIA DE LURDES PEREIRA/PEDRO MÚRIAS, "Obrigações de meios...", cit., *maxime* pp. 8-10. Assim, em sede de obrigações de meios só há impossibilidade se o devedor souber ou dever saber que é impossível a produção do resultado definidor; e todos os actos necessários ou adequados ao cumprimento de tal resultado valem como actos de cumprimento – tendo ambas as características efeitos sobre o dever de efectuar a contraprestação. São efeitos que não valem para o incumprimento de deveres que não estão sinalgmicamente unidos com a contra-atribuição. Da parte do segurado, é o ónus de pagar o prémio que está envolvido em tal nexos. O segurador não tem um interesse de prestação no cumprimento destes deveres – tem, sim, interesse em que seja mantido o equilíbrio suposto entre as prestações. Com efeito, uma vez que *estes deveres participam exactamente do próprio recorte da contra-atribuição*, a reparação do desequilíbrio causado pela violação é também uma reparação do equilíbrio entre as atribuições das partes – havendo aí um paralelo forte com os remédios de tutela do sinalagma. *Mas* – e tal não deve ser perdido de vista – *estes deveres, podendo afectá-lo, não o integram*.

¹⁰⁸⁰ Certa doutrina, na linha de MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE, *Obrigações*, cit., pp. 414-415, associa à distinção também consequências em matéria de impossibilidade subjectiva da prestação, considerando que nas obrigações de meios a impossibilidade subjectiva não imputável é exoneratória do dever de prestar, não tendo o devedor que se fazer substituir por terceiro (assim, por exemplo, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito...* cit., pp. 1039-1040). Tal ponto de vista mostra-se, porém, improcedente, já que tal classificação não se sobrepõe à da fungibilidade da prestação: nem

consequências em sede de distribuição do ónus da prova de que diremos de seguida.

Perante os deveres de consideração ou acessórios da prestação que aqui nos ocupam, que não se encontram colimados ao resultado definidor da prestação principal, a distinção – necessariamente adaptada pela mera referência um resultado determinado, que não o definidor da prestação principal – poderá ser ainda mobilizada¹⁰⁸¹, sendo discutível a extensão do seu alcance prático. Num nível mínimo, fornece um critério de sistematização das condutas devidas, lançando sobretudo luz sobre *o interesse e o alcance de o sujeito estar vinculado a uma mera tentativa de produção de um dado resultado*. Cumpre, porém, debater se tal sistematização depõe ainda no sentido da aplicação de regimes diversos para os dois conjuntos de deveres. Para o que aqui pode relevar, é o que se vem debatendo em *matéria de distribuição do ónus probatório*, em duas frentes diversas, ambas atinentes ao alcance da presunção de culpa contida no art. 799.º do CC.

Uma primeira questão, nascida da função que esta classificação veio desempenhar no seu sistema de origem, foi a de saber se a presunção de culpa no incumprimento deveria ou não valer também em relação às obrigações de meios.

No ordenamento francês, a distinção tem, desde DEMOGUE, uma primeira consequência prática: a aplicação de uma presunção de *faute* em relação às obrigações de resultado – da qual o devedor apenas se desonera, nos termos do art. 1147. do *Code*, se provar que a falta ao acordado provém de uma causa estranha que lhe não é imputável –, ao passo que em matéria de obrigações de meios, cabe ao credor a prova de que o devedor não usou da diligência razoável para que prove sequer o incumprimento, nos termos do art. 1137., impondo-se-lhe com isto a prova da *faute* do devedor¹⁰⁸². Este corolário prático é geralmente sumariado com a ideia de que quem queira prevalecer-se do incumprimento das obrigações de meios tem que fazer prova da *faute*, estando de tal dispensado em face das obrigações de resultado. Ao que acresce outra consequência prática de grande monta. Face às

todas as obrigações de meios correspondem a prestações infungíveis, nem todas as obrigações de resultado correspondem a prestações fungíveis (o que foi salientado por FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio...* cit., pp. 105 e ss., embora o autor considere que, ainda que a prestação seja fungível, sendo a impossibilidade não imputável, não há dever do devedor de se fazer substituir por terceiro a não ser que tal seja especificamente pactuado; bem como por JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral, II*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 73-74; na doutrina recente, cfr. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, "Responsabilidade...", cit., pp. 217 e ss. e RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Obrigações...*, cit., pp. 88-90).

¹⁰⁸¹ É é-o, de facto: cfr. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Do dever ou ónus...", cit., p. 12.

¹⁰⁸² FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMMLER/YVES LEQUETTE, *Obligations*, cit., nm. 577 e 869; MUSTAPHA MEKKI, "La distinction...", cit., p. 78.

obrigações de resultado, o devedor não se exonera provando que o incumprimento não procedeu de *faute* da sua parte: terá que estabelecer que o incumprimento é devido a causa estranha – força maior ou caso fortuito, facto de terceiro ou da vítima–, o que *transcende a simples prova da manutenção do cuidado exigível*¹⁰⁸³. Diferentemente, no caso das obrigações de meios, o credor tem desde logo que provar que o devedor não cumpriu o cuidado devido, para que possa sequer estabelecer a falta ao acordado, entendendo-se que tal consome a prova da *faute*. A distinção tem, pois, *relevância para estabelecer as próprias condições da responsabilidade, diferentes num caso e noutra*¹⁰⁸⁴. A manutenção da *faute* como categoria charneira para descrever o incumprimento do dever num caso e noutra não é perturbadora, dado o seu carácter de síntese de ilicitude e culpa, não se atentando por sua via tanto na qualidade da acção, como na extensão do que foi prometido¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸³ Note-se que a ocorrência de força maior ou caso fortuito (os conceitos são actualmente usados de modo indistinto – FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMMLER/YVES LEQUETTE, *Obligations*, cit., nm. 581; KLAUS HEINEMANN, *Die Beweislastverteilung...* cit., p. 94) não se sobrepõe à inexistência de *faute*. Aqueles implicam que a inexecução seja causada por um *evento externo, imprevisível ao tempo do contrato e irresistível e que determine a impossibilidade absoluta* – não bastando que a prestação se tenha tornado mais difícil ou mais onerosa – *de executar a prestação (impossibilidade absoluta para um sujeito medianamente capaz e diligente)*. E que o facto de terceiro, para que releve, deverá possuir os caracteres da força maior ou caso fortuito; o mesmo vale para que o facto da vítima possa causar exoneração total – se houver mera *faute* da vítima, apenas haverá exoneração parcial do devedor (nm. 584). Sublinhando a distância entre estas exigências e o critério da culpa, KLAUS HEINEMANN, *Die Beweislastverteilung...* cit., pp. 94-95: não basta que um evento não seja controlável de acordo com a diligência de um *bonus pater familias* para se poder dizer "externo", sendo consideravelmente mais restrito este último círculo.

¹⁰⁸⁴ MUSTAPHA MEKKI, "La distinction...", cit., p. 78, e doutrina aí citada. Assim, a qualificação determina as próprias "condições de responsabilização" JACQUES FLOUR/JEAN-LUC AUBERT/ÉRIC SAVAUX, *Obligations, I...* cit., nm. 41). De modo menos firme, afirmou-se ainda uma noção de *presunção de imputação alargada – hoc sensu*, de imputação causal da falta ao acordado – *em caso de cumprimento defeituoso de obrigações de resultado*.

¹⁰⁸⁵ Trata-se de um sistema em grande medida objectivizado, em que a noção de *faute* parece ter sobretudo o significado de ilicitude: a *faute* é um "manquement", uma desconformidade com a obrigação contratual, que não requer discernimento da parte do devedor. As referências à imputação previstas no art. 1147 do Code napoleónico não se referem a uma imputabilidade moral, mas têm um sentido limitado a que o facto da inexecução seja um facto do devedor e lhe possa como tal ser oposto. Sobre tal natureza objectivizada da *faute*, JACQUES FLOUR/JEAN-LUC AUBERT/ÉRIC SAVAUX, *Obligations III...* cit., nm. 189 e ss., com a seguinte conclusão: "la faute contractuelle ne s'apprécie pas en soi, mais au regard de la substance de l'obligation consentie. Une fois cette substance déterminée, toute inexécution de l'obligation ainsi caractérisée est ainsi constitutive d'une faute". Este foi o sistema que acabou por prevalecer por contraposição ao sistema tripartido proposto por Domat e sistematizado por Pothier ("theorie des trois fautes"), assente em limiares de gravidade da *faute* fixados por relação ao tipo de interesse prosseguido com a relação jurídica, criticando-se a este sistema uma insistência cega no parâmetro subjectivo da culpa independentemente do grau de vinculação a que o devedor se tivesse adstringido. Requeria-se, no sistema de Domat e Pothier, "faute lourde" caso o contrato fosse concluído apenas no interesse do credor, bastando "faute légère" quando fosse concluído no interesse de ambas as partes (na generalidade dos casos, portanto) e "faute très légère" quando o contrato fosse concluído no interesse exclusivo do devedor (JACQUES FLOUR/JEAN-LUC AUBERT/ÉRIC SAVAUX, *Obligations III...* cit., nm. 194; FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMMLER/YVES LEQUETTE, *Obligations*, cit., nm. 571).

Estas consequências práticas abrangentes repercutem-se nos métodos de que a jurisprudência e doutrina francesas lançam mão para operar a qualificação. Tratasse-se apenas de determinar se a prova da falta ao acordado pressupunha já a prova da falta de diligência, ou antes se o conteúdo da obrigação se reconduzia à produção de um resultado, e a questão estaria sobretudo na *determinação daquilo a que as partes se teriam efectivamente querido obrigar*. Porém, à qualificação vêm associados efeitos materiais mais abrangentes, atinentes ao critério da imputação subjectiva: é da qualificação de uma obrigação como de meios que decorre a possibilidade de relevo da ausência de negligência como fundamento para a exoneração do devedor – acrescento ainda que este relevo se faz pela positiva, devendo o credor provar a falta de diligência para afirmar o seu direito. Já ao devedor de um resultado resta a prova exoneratória da produção do resultado faltoso por *causa estranha* – o que está muito aquém de um juízo de imputação negligente. Tal estimulou o surgimento de outros argumentos de qualificação, usados ao modo de índices classificatórios, mais *associados a pontos de vista objectivos de justiça na alocação de riscos*¹⁰⁸⁶, que disputam o espaço com a atenção ao *concretamente pactuado*. Tem-se em conta sobretudo o critério da álea – a incerteza que rodeia a consecução de certo resultado, militando pela qualificação de uma obrigação como de meios – vindo mais recentemente a ganhar importância o critério da participação do credor na execução da prestação – quanto maior esta participação, menos controlo o devedor tem sobre os riscos nela envolvidos, o que milita também a favor da qualificação da obrigação como de meios; são também sopesados, com menor relevo, o critério da qualidade de profissional do devedor, o tipo de dano (corporal ou material vs. económico ou moral, na linha de STARCK)¹⁰⁸⁷. cremos ser ainda um subproduto deste procedimento o surgimento de uma tipologia de obrigações – sirvam de exemplo as obrigações de resultado atenuadas, com mera presunção de *faute*, ou as obrigações de meios reforçadas, que exigem do devedor uma diligência acrescida – que são elos gradativos na cadeia entre um tipo de referência e outro,

¹⁰⁸⁶ MUSTAPHA MEKKI, "La distinction...", cit., p. 80, a propósito do critério da natureza dos danos proposto por Starck: "moins qu'un critère, il s'agit à vrai dire d'une instrumentalisation de la distinction à des fins de politique juridique"; lembremos FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMMLER/YVES LEQUETTE, *Obligations*, cit., nm. 586, quando afirma que as inúmeras gradações jurisprudenciais introduzidas na classificação manifestam crescentemente uma "*politique jurisprudentielle*".

¹⁰⁸⁷ MUSTAPHA MEKKI, "La distinction...", cit., pp. 80-81; FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMMLER/YVES LEQUETTE, *Obligations*, cit., nm. 586; KLAUS HEINEMANN, *Die Beweislastverteilung...* cit., pp. 80 e ss.

pelos quais a jurisprudência busca conciliar a rigidez e amplitude de consequências da grelha de partida com a busca de soluções de justiça material que considerem as circunstâncias do caso concreto¹⁰⁸⁸.

É uma compreensão das matérias que translada para o momento da determinação do próprio conteúdo do dever questões que, no nosso ordenamento, são enquadradas em sede de culpa¹⁰⁸⁹. E que retira automaticamente de sob a incidência do *princípio da culpa* os deveres em que se prometa um resultado. Ora, não há razões para tornar sintéticos dois juízos que, entre nós, estão analiticamente separados – tanto mais quanto essa separação traz ganhos de clareza, não obrigando a juntar numa mesma categoria efeitos jurídicos nem sempre alinhados e a criar uma paleta de categorias de deveres que portam o qualificativo de modo já puramente nominal¹⁰⁹⁰. Nem há razões, num ordenamento que como o nosso se estrutura ainda em torno do princípio da culpa, para limitar a incidência deste princípio sobre os deveres assumidos, quando as partes não se tiverem posto de acordo sobre tal¹⁰⁹¹. Basta pensar no modo como são tipicamente concretizadas as circunstâncias exoneradoras que o devedor de uma obrigação de resultado pode alegar – vg., face ao dever de um vigilante de assegurar que se não produzem assaltos, este pode alegar que usou de toda a diligência comum, não tendo sido por negligência sua que o autor do furto se introduziu no imóvel – para perceber que não há qualquer

¹⁰⁸⁸ JACQUES FLOUR/JEAN-LUC AUBERT/ÉRIC SAVAUX, *Obligations III...* cit., nm. 203; FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMMLER/YVES LEQUETTE, *Obligations*, cit., nm. 586: "il se manifeste de plus en plus une *politique jurisprudentielle* qui conduit les tribunaux, avec la bénédiction – faut-il dire la complicité? – de la Cour de cassation à cultiver en ce domaine les plus purs délices de l'impressionnisme"; MUSTAPHA MEKKI, "La distinction...", cit., p. 85: "l'intensité de l'obligation devient ici pour les contractants, pour le législateur et pour le juge un moyen de répartir les risques générés par le contrat".

¹⁰⁸⁹ Uma reavaliação recente da distinção é a de MUSTAPHA MEKKI, "La distinction...", cit., pp. 81 e 86-88, num sentido que acaba por aproximar consideravelmente a dinâmica desta classificação da dinâmica do nosso sistema de responsabilidade contratual. O autor milita por um retorno à determinação da vontade das partes, devendo os critérios da álea e da participação ou assunção do risco pelo devedor (os outros critérios são tidos por improcedentes) valer como auxiliares interpretativos, em caso de dúvida. Na compreensão do autor, as obrigações de resultado devem ser uma categoria fechada, sendo de meios a qualificação supletiva dos deveres.

¹⁰⁹⁰ Referimo-nos às obrigações de meios com presunção de *faute* onde, para se manter a qualificação de conteúdo tipicamente atribuída à responsabilidade médica, se recorta o que seria, a levar a sério a qualificação, uma obrigação de meios em que a própria falta da conduta devida se presumia – KLAUS HEINEMANN, *Die Beweislastverteilung...* cit., pp. 98-99.

¹⁰⁹¹ Muito elucidativo sobre a diferença entre a questão do recorte do dever e a questão da subordinação da responsabilidade ao princípio da culpa, e a utilidade em separá-las, KLAUS HEINEMANN, *Die Beweislastverteilung...* cit., *maxime* pp. 104-107; também HANS STOLL, "Haftungsverlagerung..." cit., p. 153, exprime a utilidade da distinção, dentro da convivência com o princípio da culpa.

relação de decorrência automática entre a assunção da obrigação de produzir um certo resultado e a assunção da garantia de que se responderá mesmo por danos que a diligência normal não lograria evitar¹⁰⁹².

No ordenamento francês, a alegação de que o credor não está dispensado de provar a *faute* do credor, não valendo uma presunção nesse sentido, prende-se, pois, com o jogo dos arts. 1137 e 1147: provar a *faute*, em face do 1137, é provar não a culpa, mas a própria violação do dever; e presumir a *faute*, em face do art. 1147, é presumir incumprimento imputável, salvo prova de causa estranha.

A questão não pode, pois, ser perspectivada do mesmo modo face ao critério único plasmado no art. 799.º do CC. O que poderá estar aqui em causa, face à presunção de negligência no incumprimento que ele acolhe, é saber se, *uma vez estabelecido pelo credor, em sede de prova da violação da obrigação de meios, que o devedor não adoptou os meios adequados ao cumprimento*, haverá sequer ainda espaço para a exculpação do devedor; e se, havendo-o, essa réstia de imputação subjectiva se deverá ter também por presumida.

Analisaremos ambas as questões nas sedes próprias: a primeira, no âmbito das componentes do juízo de culpa; e a segunda no âmbito da distribuição do ónus da prova da culpa. Aí veremos que a resposta a ambas as questões é afirmativa. Tal está de resto alinhado com a posição crescentemente adoptada pela doutrina nacional, afirmando a vigência da presunção de culpa em face das obrigações de meios, uma vez estabelecida a violação do dever¹⁰⁹³. Daqui resulta a inocuidade da distinção entre obrigações de meios e de resultado para efeitos da mobilização de uma presunção de culpa no incumprimento, como a plasmada no art. 799.º

¹⁰⁹² Embora houvesse na hipótese intervenção de facto de terceiro, não se pode dizer que este preencha as características exigentes da força maior ou caso fortuito, com o sentido exigente com que as descrevemos em nota anterior.

¹⁰⁹³ À face do Código de Seabra, já MANUEL GOMES DA SILVA, *O dever...* cit., pp. 320-321, recusava que houvesse qualquer distinção a estabelecer, em relação ao ónus da prova da culpa, entre obrigações de meios e de resultado. Na antecâmara do CC, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes", *BMJ*, 47, 1955, pp. 98-126, pp. 102-103, criticava a ideia de que o facto de se estar perante uma obrigação de meios pudesse implicar um regime diverso, em sede de distribuição do ónus probatório, do que valia para as restantes obrigações. Aqui, como em geral, ao credor cabia apenas a prova do seu crédito, cabendo ao devedor a prova da sua exoneração; assim, o credor teria que provar "até onde [ia] o dever de diligência do devedor" – ou seja, em que actos se devia concretizar –, podendo o devedor exonerar-se provando que os tinha praticado ou que não lhe era imputável não os ter praticado. Na doutrina mais recente, por exemplo, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral, II*, cit., p. 101, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres...* cit., pp. 335-337; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, "Responsabilidade...", cit., p. 245 ou RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Obrigações...*, cit., p. 118.

Uma segunda questão coloca-se já no campo da tomada em consideração da distinção ente obrigações de meios e de resultado para *atribuição de riscos de prova*. Trata-se de uma questão debatida pela doutrina alemã, que arrancou da distinção francesa entre obrigações de resultado ou de meios, especialmente considerando a sua aplicação às *obligations de sécurité*¹⁰⁹⁴, mas que a levou para os *quadros das considerações da deslocação da responsabilidade por meios jus-probatórios, e para o ambiente da distinção analítica entre ilicitude e culpa*. Debate-se aqui a pertinência e o modo de aplicação de uma *presunção alargada de imputação* do incumprimento às situações de violação positiva do contrato, pretendendo alocar-se um risco de *ocorrência de resultados não pretendidos*, que *transcendem a prestação pactuada*.

Para a compreensão do que está aqui em causa, é fundamental não perder de vista que se cura agora sobretudo de situações em que está em causa a produção de um dano na pessoa, bens ou património em geral da contraparte, em conjugação com a execução contratual. Perante, portanto, o típico contexto de intervenção dos deveres de protecção, embora possa haver deveres especificados no contrato apontados à protecção desses mesmos bens jurídicos. Trata-se aqui de determinar o seu conteúdo à luz tanto das expectativas legítimas das partes face ao contrato, como da sua posição relativa face a riscos criados pelo contexto de execução contratual – conforme, portanto, a sua posição de controlo ou, pelo contrário, de exposição necessária a tais riscos, com maior passividade ou maior co-determinação dos seus efeitos.

Ora, cumpre dizer que o critério de classificação destes deveres – de tomada em consideração dos seus momentos de ligação a um resultado – não é sempre, para estes efeitos, uniforme. Por um lado, encontramos uma qualificação dos deveres por referência a um resultado identificado com *a não ocorrência de danos nos bens jurídicos protegidos*. Assim, serão *deveres de resultado aqueles em que se imponha a preservação de um certo estado da pessoa e património da contraparte, ou, pela negativa, a não ocorrência de danos de certo tipo nessa esfera durante a execução*

¹⁰⁹⁴ Cfr. KLAUS HEINEMANN, *Die Beweislastverteilung...* cit., pp. 116 e ss. Esta categoria foi cunhada pela jurisprudência do Tribunal da Cassação relativa ao contrato de transporte, visando levar para a responsabilidade contratual (concretamente, para o regime do art. 1147) o *dever do transportador de assegurar a incolumidade física do transportado*. Este constituiria uma "obligation de sécurité". Note-se que a categoria não tem a largueza de espectro dos deveres de protecção, já que é sempre construída em estreita ligação com os deveres principais de prestação.

da prestação. Por outro lado, serão *deveres com a estrutura de obrigação de meios aqueles em que apenas se imponha ao devedor a adopção da diligência comum para evitar esse tipo de danos*. É esta a contraposição geralmente efectuada quando se diz que, como, regra geral, os deveres de protecção imporão apenas uma obrigação de meios ao devedor¹⁰⁹⁵. E é este o critério que tem sido usado na interpretação teleológica do conteúdo dos deveres principais de prestação para retirar dele um conteúdo de protecção da contraparte. Note-se que se trata aqui de estruturas análogas às dos crimes de resultado em Direito penal: há um efeito danoso que transcende a conduta do sujeito, definindo-se a conduta devida por referência a esse efeito danoso. E note-se ainda que a diferença de configuração tem, num sistema como o alemão ou o nosso, efeitos práticos apenas em sede de prova: o obrigado a um resultado exonera-se provando que adoptou a diligência devida, ou que o dano não proveio de falta desta; face ao obrigado apenas à diligência normal, valem os mesmos pressupostos, estando, porém – e a diferença é, em termos de efectivação dos direitos, decisiva – a sua prova a cargo do credor.

Um passo atrás, encontramos *deveres referidos à produção de certos resultados ligados à prevenção desses danos*. Encontramos, por um lado, deveres genéricos de garantia de um *certo standard de segurança* – no sentido de um estado de não perigosidade – de instalações ou aparelhos localizados na esfera do devedor. Aqui, é prometido um certo estado de coisas, havendo incumprimento do dever quando houver um afastamento em relação a tal standard de segurança¹⁰⁹⁶. Ainda aqui o dever se refere por referência à produção de um resultado independente da especificação de condutas concretas. Por outro lado, identifica-se ainda esse "momento de ligação a um resultado" face a *deveres que imponham a adopção de medidas determinadas de prevenção de certo tipo de riscos*¹⁰⁹⁷. Note-se que, aqui, perde-se a referência a um resultado ulterior em relação à conduta: releva apenas saber se se impôs a *implementação de certa medida específica de prevenção de danos*, e não a mera adopção de medidas adequadas à consecução de certo fim. É

¹⁰⁹⁵ HANS STOLL, "Haftungsverlagerung...", cit., pp. 151 e ss.; DIETER MEDICUS/STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, 2012, cit., pp. 159-160, quando considera que os deveres laterais no seu conjunto não são deveres de evitar a produção de danos na esfera alheia, mas deveres de adopção de determinada conduta em atenção aos interesses da contraparte; ROLAND SCHWARZE, "§ 280", in *Staudinger BGB, II, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I)*, MANFRED LÖWISCH (coord.), Sellier – de Gruyter, Berlim, 2014, pp. 450-603, pp. 582-583.

¹⁰⁹⁶ KLAUS HEINEMANN, *Die Beweislastverteilung...* cit., p. 176.

¹⁰⁹⁷ ROLAND SCHWARZE, "§ 280", cit., p. 583.

com o segundo tipo de classificação que tem afinidade o critério de classificação de deveres de prestação que referimos acima – em sede do qual o resultado não tem que estar para lá da conduta¹⁰⁹⁸.

Tornemos agora ao contexto em análise. Num sistema em que as condições de responsabilidade não se alteram com a classificação de uma obrigação como de meios ou de resultado, há interesse em convocar a distinção *para clarificação da conduta devida e de quando se deve ter esta por cumprida*. Tal é decisivo em sede de *distribuição do ónus da prova*, determinando no mínimo a situação de desconformidade que deve ser provada pelo credor e podendo ter consequências de alcance variável em sede da prova exoneratória do devedor. Dir-se-ia, pois, temerário que nos aventurássemos já nesta classificação sem discutirmos o alcance prático que lhe pode caber em sede de distribuição do ónus da prova.

Porém, duas considerações permitem-nos avançar na determinação do conteúdo dos deveres legais, sem necessitar para já de maiores alicerces argumentativos. Em primeiro lugar, a de que a lei *não prevê deveres genéricos de manutenção de um certo nível de segurança – rectius*, de risco. Essa questão será debatida a propósito da previsão de tais deveres no contrato.

Em segundo lugar, e por analogia aos deveres do primeiro conjunto, a de que num contrato de seguro, não pode estar em causa a imposição de *um dever genérico de resultado de prevenção do sinistro ou contenção das suas consequências*, enquanto resultado danoso de referência das condutas a adoptar. Tal faria a prova da ocorrência do sinistro, ou da extensão concreta dos seus efeitos, equivaler à presunção de que aquele ou estes tinham decorrido de factos imputáveis ao segurado e não se encontravam por isso cobertos. Isto equivaleria a construir o *Tatbestand* do direito do segurado fundamentalmente na base de factos impeditivos do seu direito: o segurado não teria só que provar a ocorrência do sinistro e as suas consequências, bem como que um e outras não tinham decorrido de factos que

¹⁰⁹⁸ Qualquer transposição para esta sede da dogmática relativa aos deveres de prestação a que aludimos acima é necessariamente apenas sugestiva, havendo que adoptar de certa cautela para que não induza em erro. Trata-se aqui de um interesse "negativo", de preservação do *status quo*, e não positivo, atinente à satisfação de um interesse na prestação; e, por outro lado, de deveres que apenas em concreto, perante as solicitações das circunstâncias, se determinam. Assim, conquanto estas medidas sejam meios adequados de prevenção do resultado danoso, e por isso o seu cumprimento ateste a pautação pela diligência devida, não se pode dizer que estas atestem um "cumprimento parcial" do dever de protecção com a estrutura de obrigação de meios...

fossem imputáveis à sua falta de diligência. Tal esvaziaria, é bom de ver, de todo o sentido útil o contrato, subvertendo a alocação de riscos que lhe preside.

Assim, vemos que o dever legal de salvamento, dever genérico colimado à contenção do dano, é recortado claramente ao modo de uma obrigação de meios, como não poderia deixar de o ser. Os restantes deveres legais *são deveres de adopção de uma conduta determinada*. Percorrê-los-emos, pois, brevemente, determinando qual é, em cada caso, a conduta devida. A questão do relevo do conteúdo da obrigação para efeitos de distribuição do ónus da prova será revisitada quando tratarmos essa questão, visando especialmente dela obter um parâmetro de confronto com as tomadas de posição legais e um critério para o enquadramento de deveres de prevenção do sinistro criados por contrato.

Mobilizando tal grelha de compreensão, estamos perante deveres de *consecução de um certo resultado* quando no RJCS se prevêem deveres de informação: a lei obriga à comunicação dos agravamentos do risco, bem como do sinistro, bem como à prestação de todas as informações complementares relevantes e que sejam solicitadas. Se o segurado se limitar a tentar proceder a tais comunicações, *não cumpre os deveres em causa*; tal incumprimento poderá ser não imputável, mas essa é uma questão logicamente posterior. Ulteriores deveres de comunicação poderão ser criados por contrato, claro está; tendencialmente imporão ao devedor que efectue a comunicação, e não que se limite a tentá-la.

Já, como vimos, no regime legal do dever salvamento, impõe-se a adopção de *todas as medidas razoáveis para prevenir ou evitar o dano*. Estamos aqui perante uma obrigação de meios¹⁰⁹⁹. Claro está que, apesar de este dever decorrer directamente da lei, a concretização da diligência devida – a determinação das condutas que concretizam o *standard* de diligência devida, ou, conversamente, a demarcação das condutas que estejam ainda dentro do risco coberto – não passa sem a *interpretação do contrato*. Por sua vez, o contrato poderá criar deveres concretos de adopção de determinadas medidas, havendo que o interpretar para saber o que está então *in obligatione*. Típicos *deveres de resultado* são amplamente retratados para lá do plano legal, na casuística atinente a medidas de prevenção impostas por contrato. São muito ilustrativas as apólices de seguro contra furto ou roubo, onde

¹⁰⁹⁹ Assim, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Do dever ou ónus...", cit., p. 12; Leduc em HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 522-524.

surgem comumente deveres de instalação de determinado sistema de alarme, do seu accionamento em caso de ausência, de não deixar as chaves dentro do veículo a que se refere o seguro, de encerrar as jóias num cofre forte, deveres de embalagem da mercadoria em condições especificadas em face do seguro de transportes, de verificação com certa periodicidade dos extintores no seguro de incêndios¹¹⁰⁰. Surgem também na casuística casos de deveres de adopção da diligência razoável para prevenção do sinistro; sendo válida a sua consagração – o que tendencialmente não acontecerá –, tratar-se-á de "obrigações" de meios.

O regime da causação do sinistro não se encontra estruturado como um dever de conduta, mas como a hipótese normativa de uma exclusão legal do risco: valora-se a causação e o dolo para deles retirar tal consequência. Sabemos já, porém, que, assentando a exclusão na valoração de uma conduta do segurado, podemos reconstruí-la como um dever de *non facere*: o de não provocar dolosamente determinado resultado. Seria uma estrutura similar à de uma norma penal prevendo um crime doloso de resultado. E, além disso, *em qualquer caso, um dever com estrutura de obrigação de resultado*. Porém, aqui, a violação do dever só ocorre mediante uma conduta dolosa do devedor, que cause o resultado – a prova da imputação dolosa, necessariamente a cargo do credor, requereria que ele lograsse estabelecer também causalidade fundamentadora e, *nas situações de omissão ou causalidade mediata, contrariedade a uma norma de conduta*, havendo que apurar *quando é que a actuação criou um risco de produção do sinistro não abarcado ainda pelo contrato*.

Sublinhe-se, por último, que, tal como vimos na parte IV. 1, as exigências de conduta previstas por lei consubstanciam deveres de adopção de certa actuação. Tanto a adopção defeituosa de tal actuação, como a sua omissão relevarão, pois, naturalmente, para apurar da desconformidade do comportamento. A sede onde a omissão seria de mais dúbia relevância seria a da causação dolosa, já que aqui está em causa a produção de um resultado, que poderá resultar da pura passividade do onerado face a um risco em potenciação. Vimos, porém, que também aí a conduta omissiva releva, uma vez transgredido um standard de segurança pressuposto pelo

¹¹⁰⁰ Para todos estes exemplos, justamente culminados com a qualificação de tais posições como obrigações de resultado, cfr. a casuística francesa citada por Leduc em HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité... cit.*, pp. 522-524.

contrato.

b. Pressupostos objectivos do incumprimento: precisões e remissão

Resulta do que vimos que as exigências de conduta que se prendem com a actuação face ao risco/sinistro, se constroem por referência a um *parâmetro objectivo de relevância*: o do standard de segurança pressuposto no contrato, relativamente à causação mediata ou omissiva do dano, e o da diligência exigível face ao contexto da intervenção e às circunstâncias do segurado, no caso do salvamento. A questão não se coloca nestes termos relativamente aos deveres de informação; a aferição da omissão ou desconformidade da conduta informativa não se prende, ao nível dos pressupostos objectivos do cumprimento, com um standard de cuidado (ou segurança). O debate que aí se coloca é, sim, atinente à inclusão logo no *Tatbestand* objectivo de elementos subjectivos, atinentes ao conhecimento dos factos a comunicar.

Sendo embora esta a sede sistemática, parece-nos mais proficuo inserir o debate sobre o parâmetro respeitante ao salvamento no conjunto das questões levantadas pela diligência contratualmente exigível.

Para já, queremos apenas indicar que é o *sentido e fim do contrato* a dar desde logo o enquadramento também às questões colocadas pela colisão de bens jurídicos – ou seja, às hipóteses em que a causação do sinistro ou agravamento das suas consequências é determinada pela prossecução de outras finalidades atendíveis, como a preservação de bens pessoais próprios ou de terceiros. Pense-se nas hipóteses em que o sujeito sacrifica bens seguros para salvaguardar outros bens seus, pessoais ou patrimoniais – vg., face a um seguro contra roubo ou furto, entrega os bens aos assaltantes – ou bens de terceiros – vg., danifica o seu carro para não colidir contra um transeunte que se atravessa na estrada. Face a estas hipóteses, tratar-se-á antes de mais de uma questão de interpretação teleológica do contrato, à luz do seu escopo¹¹⁰¹. Tal levará a considerar incluídas na cobertura hipóteses como

¹¹⁰¹ Cfr. DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 54-55; muito restritivo nos parece por isso JÜRGEN PRÖLSS, "§ 61 Herbeiführung des Versicherungsfalles", cit., p. 512. A referência à ordem pública não basta a resolver as questões que se colocam em sede geral, nem as que se colocam apenas em sede do regime da causação dolosa, já que nem todas as condutas que não desafiam a ordem pública devem ser de plano acolhidas na cobertura – certamente não desafia a ordem pública o facto de o segurado voluntariamente não retirar o seu veículo de uma zona prestes a ser tomada pelas cheias, mas tal não implica que o risco deva ser coberto (não acompanhamos, pois, ANTIGONO DONATI, *Trattato...II*, cit., pp. 139-141, quando considera, à face do art. 1900 do Codice, que é

a ilustrada em sede de seguro contra furto ou roubo, bem como hipóteses onde procedam causas de exclusão da ilicitude penalísticas – seria esvaziar em grande medida a cobertura forçar o segurado a sacrificar bens manifestamente mais valiosos para a não perder. Tal seria mesmo flagrante nas hipóteses em que o segurado actue em cumprimento de um dever. De resto, nenhum dos fundamentos materiais que inervam estes regimes seria posto em causa nestas constelações. Quando as hipóteses concretas não lograrem ser resolvidas por esta via, poderá ainda assim haver lugar à cobertura, em sede de salvamento, quando não se puder afirmar a falta de diligência no incumprimento.

Desta análise devem ser expurgadas as questões valorativamente diversas atinentes aos casos em que o beneficiário pratica um crime contra os bens pessoais alheios, causando na pessoa segura a morte ou lesão da integridade física que constituem um sinistro. Aqui, não estamos perante a questão valorativamente delicada da conduta que recai materialmente na própria esfera mas lesa interesses do segurador. Estamos, muito diferentemente, perante actos ilícitos por lesarem (arts. 192.º e 193.º) ou tentarem lesar (art. 192.º) bens pessoais de um terceiro. O contrato de seguro de vida, saúde ou acidentes pessoais não pode deixar de retirar consequências deste *dolo de lesão de bens pessoais alheios*, sob pena de se ver a si próprio ferido de ilicitude por contrariedade à ordem pública, já que viria *avantajar*

sempre de acordo com o parâmetro da ordem pública que se determina o enquadramento a dar aos casos de causação intencional do sinistro – comportando as hipóteses de dever de solidariedade humana analogia com as situações de estado de necessidade e de legítima defesa). Não é aqui de préstimo, de resto, o art. 141.º do RJCS, que, face à comissão dolosa do sinistro coberto pelo seguro de responsabilidade civil, determina que, "[s]em prejuízo do disposto no artigo 46.º, não se considera dolosa a produção do dano quando o agente beneficie de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa". Trata-se aí da valoração *dos pressupostos da responsabilidade civil* cujo desencadeamento constitui o sinistro nesta sede – pelo que a referência *vale para as categorias próprias da responsabilidade civil*. Não há fundamento para estender este juízo à causação dolosa do sinistro nos demais seguros. A este propósito, é interessante convocar as pronúncias doutrinárias emitidas a propósito do anterior § 26 da VVG, que negava a existência de um agravamento do risco relevante para efeitos do respectivo regime quando – para o que aqui importa – tal agravamento fosse determinado por um mandato de humanidade. Ora, a determinação de o que fosse este mandato de humanidade era exactamente feita de um modo estreito, considerando-se que outros casos que transcendessem os seus pressupostos poderiam ser relevados em sede de culpa – enquanto motivos de exculpação (além de Looschelders, veja-se também ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 396.). Cabiam na primeira a defesa de vida ou saúde de outrem ou o acolhimento de um sem-abrigo. A salvaguarda de coisas só muito excepcionalmente poderia relevar, quando se tratasse de tesouros artísticos de relevo, ou então de animais. Também era esta a sede de relevo das causas de exclusão da ilicitude gerais. Diferentemente, a protecção do interesse público, ou do decoro, poderia eventualmente relevar em sede de culpa. À face da actual VVG, como do nosso RJCS, será, antes da valoração em sede de culpa, de questionar logo se a conduta se enquadra no risco coberto, à luz da interpretação teleológica do contrato.

o lesante pelo facto da lesão dolosa ou tentativa de lesão da vida ou integridade física de terceiro. É nestes quadros que deve ser equacionado o relevo de causas de justificação da ilicitude ou da culpa que incidam sobre a actuação do beneficiário. Assim, face ao regime do art. 192.º, que se reporta ao homicídio tentado ou consumado, parece claro que este não pode ser afirmado quando a actuação não merecer a censura jurídico-penal correspondente, por ocorrer uma daquelas causas. Nestas hipóteses, não se reputa a actuação do agente como equivalendo a crime consumado ou tentado, pelo que não se preenche a hipótese da norma que se refira a um homicídio consumado ou tentado.

B. Diligência devida e pressupostos subjectivos do incumprimento. Lugar da sua relevância sistemática.

O juízo de culpa, enquanto *juízo de censura* dirigido ao devedor-incumpridor, continua, entre nós, como nos ordenamentos que nos são mais próximos, a ser um dos pilares da obrigação de responder pelos danos causados. Não tem, porém, faltado debate e ilustração da possibilidade do abandono deste *princípio da culpa* como eixo central do sistema de responsabilidade civil, tanto extracontratual – por apelo, aliás, à função de "mutualização do risco" lograda pelo contrato de seguro –, como, para o que aqui sobretudo releva, contratual¹¹⁰².

¹¹⁰² No Direito inglês, a concepção tradicional é a que vê no contrato uma assunção de garantia pelo cumprimento integral e tempestivo, por cuja não verificação o devedor responde independentemente de culpa (FILIPPO RANIERI, *Europäisches...* cit., pp. 708 e ss.). Esta ausência do princípio da culpa foi também pretendida também face à Convenção de Viena (art. 79.) e se prolongou às recentes propostas, no seio da União Europeia, de criação de regimes materiais para contratos internacionais. Assim, a Convenção de Viena não se escora no princípio da culpa, limitando-se a excluir a responsabilidade do devedor quando o incumprimento deriva de um impedimento que se encontra fora do controlo do devedor e com o qual este não poderia razoavelmente ter contado ao tempo da conclusão do contrato, ou ter evitado ou superado as suas consequências (art. 79.º). Pretendeu-se com a formulação do art. 79. evitar o acolhimento do princípio da culpa; porém, o alcance do artigo é debatido, não sendo líquido a final que o princípio não acabe por aflorar (PETER SCHLECHTRIEM/PETRA BUTLER, *UN Law on international sales, The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer, Berlim/Heidelberg, 2009, pp. 200 e ss. e FILIPPO RANIERI, *Europäisches...* cit., pp. 754 e ss.). Esta redacção é retomada pelo art. 8:108, 1, dos PDEC, cuja epígrafe é "excuse due to an impediment", de onde transitou para o 3:104, I, do DCFR, e ainda pelo art. 7.1.7. dos PCCI, cuja epígrafe é "força maior". Para além de tal exclusão do dever de prestação específica, à face dos PCCI, o art. 7.4.1. exclui também o dever de indemnizar caso se verifiquem os pressupostos do art. 7.1.7, outro tanto fazendo o art. 9:501 dos PDEC face aos pressupostos do 8:108. Relativizando o afastamento dos PDEC face ao Direito alemão, vg., REINHARD ZIMMERMANN, *Breach of contract and remedies under the new German law of obligations*, Centro di Studi e ricerche di Diritto comparato e straniero, Roma, 2002, p. 18, em nota, considerava que, caso o devedor ficasse impedido de realizar a sua prestação por motivo de doença, poderia, face aos PDEC, invocar o regime atinente à existência de impedimento – o que supria, como o autor apontava, a insuficiência apontada por Medicus ao sistema dos PDEC, de, por falta de princípio da

O princípio da culpa continua, porém, a ser o referente central da nossa responsabilidade civil contratual. E é de notar, mantendo o diálogo com o Direito alemão que tem animado a reflexão nacional sobre o incumprimento *lato sensu* das obrigações, que foi mantido na SRM. Ao princípio da culpa corresponde uma ideia de equidade – não se exige de um sujeito mais do que ele, de acordo com o esforço que lhe é exigível, pode prestar –, aliada ao que se entende ser a melhor garantia da liberdade geral de acção – quem se comporta de acordo com a diligência exigível no tráfico não deve temer pedidos de reparação de danos¹¹⁰³. Por sua vez, a responsabilidade assente na garantia faz valer um *ius strictum*, de acordo com a defesa da certeza e segurança jurídicas¹¹⁰⁴. Dada tanto a pertinência dos vários fundamentos, bem como a diversidade dos problemas a que deve dar resposta um sistema de responsabilidade civil contratual, a colocação de um ou de outro princípio no centro do sistema não se faz sem uma boa dose de flexibilidade.

Se, no âmbito de um sistema de responsabilidade objectiva, tal flexibilização chega por exemplo por via da possibilidade de invocação da ocorrência de força maior – tomada por vezes num sentido muito mais lato do que aquele com que vale num sistema em que partilha funções com a culpa –, no âmbito de um sistema desenhado como o nosso conhece uma pluralidade de manifestações. Assim, o relevo central do princípio da culpa concretiza-se num *juízo de negligência de natureza tipificada, nos termos da culpa em abstracto*, vindo esta culpa presumida face ao incumprimento de deveres contratuais e acompanhada de responsabilidade objectiva pelos actos dos auxiliares no cumprimento. Tudo isto dota a posição do devedor de uma certa natureza de obrigação de garantia, da qual se entende que dificilmente o tráfico jurídico poderia prescindir, e que se entende consentida pelo escopo de alocação do dano que preside à reparação civil¹¹⁰⁵. De resto, a responsabilidade a título de pura garantia não é alheia aos sistemas centrados no princípio da culpa, emergindo no regime legal das obrigações genéricas e obrigações pecuniárias, bem como, ao abrigo da liberdade contratual, nas

culpa, obrigar o devedor à indemnização dos danos causados com o não cumprimento.

¹¹⁰³ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 279; DIETER MEDICUS/STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I, 2012*, cit., pp. 171-172.

¹¹⁰⁴ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 279.

¹¹⁰⁵ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., pp. 276-278 e 286; a pouca diferença prática entre os regimes constantes dos instrumentos internacionais, que prescindem da culpa, e o Direito alemão, é ainda salientada por REINHARD ZIMMERMANN, *Breach of contract...* cit., pp. 18-19. Esta objetivização nutre por sua vez um debate vindo agora "de dentro", em torno de uma possível descaracterização do juízo de culpa.

obrigações cunhadas pelas partes como de garantia. Isto mesmo foi expressamente assumido na SRM, subjazendo à nova redacção do art. 276.º – nova redacção que não introduz, aliás, uma novidade no sistema, mas apenas codifica o entendimento vigente¹¹⁰⁶.

Com este intróito pretendemos reunir condições para poder situar correctamente a relevância da culpa no regime das consequências da violação de exigências de conduta no contrato de seguro que assentam também na causação de dano, tendo como escopo central ou parcial a sua remoção. Com efeito, o relevo da culpa não deve ser pensado em termos de mera inércia sistemática, já que o princípio da culpa não vale hoje como um dogma nos sistemas que o acolhem¹¹⁰⁷. Devemos, pois, reflectir sobre o porquê da sua vigência aqui, para poder dar resposta ao como dessa vigência.

Ora, face a estas exigências de conduta, o debate move-se entre vários pólos paradoxais. De um lado, a construção da culpa com grande esteio no tradicional enquadramento dos ónus jurídicos – *hoc sensu, Obliegenheiten* – segundo a qual não haveria aqui que falar de uma efectiva censura, mas apenas de *um conceito translato de culpa*, atinente à *lesão de interesses do próprio actuante*. De outra banda, temos o *relevo preventivo-repressivo da perda da prestação*, por vezes escorado na invocação da protecção da comunidade de segurados face ao encarecimento dos prémios¹¹⁰⁸, a impor uma gradação da culpa que não está nos quadros gerais da responsabilidade contratual, e a convidar mesmo à importação da construção penalística da ilicitude e da culpa, fortemente radicada numa censura ético-jurídica pessoal. De outra direcção ainda, são incisivos os argumentos atinentes à *finalidade e à utilidade prática do contrato de seguro* segundo os quais um contrato de seguro apenas cumprirá *a sua finalidade de garantir a segurança e*

¹¹⁰⁶ REINHARD ZIMMERMANN, *Breach of contract...* cit., p. 19. Assim, referência a um "Beschaffungsrisiko", hoje constante do § 276, I, do BGB, acolhe o entendimento já antes vigente quanto à posição do devedor nas obrigações genéricas antes da concentração e salvo mora do credor, que o fazia responder objectivamente pelo risco de obtenção da prestação (cfr. art. 540.º CC), ou mais ainda, em sede de obrigações pecuniárias (VOLKER EMMERICH, *Das Recht...* cit., p. 147).

¹¹⁰⁷ VOLKER EMMERICH, *Das Recht...* cit., p. 147: "Die Geltung des Verschuldensprinzips ist keine Selbstverständlichkeit".

¹¹⁰⁸ Bastando-se a aplicação de consequências de exoneração ou redução da prestação com o mero incumprimento objectivo do dever, estar-se-ia mais próximo do desiderato de garantir ao conjunto dos tomadores o prémio mais baixo compatível com a cobertura objectiva daquele risco – cfr. CHRISTIAN ARMBRÜSTER, *Das Alles-oder-nichts...* cit., pp. 36-37, dando-nos nota de que este foi o raciocínio subjacente à conformação de condições contratuais gerais vigentes antes da entrada em vigor da VVG.

a liberdade de disposição económica do segurado quando o proteger face às hipóteses em que ele incumpra, mesmo com negligência, com uma exigência de conduta¹¹⁰⁹.

Mais uma vez, quando esteja em causa a lesão de bens de terceiro, sendo o beneficiário a actuar o *Tatbestand*, merecerão um juízo separado as hipóteses em que a actuação ou omissão constitua crime.

a. A actuação em relação ao risco ou ao sinistro e as várias concepções de culpa

aa) A evolução nas concepções de culpa

Importância central teve, antes de mais, *um recorte económico da culpa*, que a projectou num sentido amplo e impróprio de culpa contra os bens seguros. O facto de, em sede do regime da *causação do sinistro*, a *conduta com determinadas características integrar a descrição do recorte da cobertura* determinou uma compreensão mais objectivada destas características subjectivas. Sob o magistério de EHRENZWEIG, fez estrada a rejeição de que a actuação causadora do sinistro pelo "gestor do risco" se devesse enquadrar numa culpa em sentido técnico. Segundo o autor, relevava aqui apenas uma "actuação natural" – ou seja, não violadora de dever absoluto ou relativo – que adquiria relevo caso a actuação danosa do sujeito relevante se pautasse por certas características subjectivas: dolo ou negligência grosseira no danificar dos bens seguros. *Não seria, pois, necessário o conhecimento pelo sujeito da existência do seguro* para que o *Tatbestand* se actuasse. Em lugar de verdadeira culpa face ao segurador, haveria apenas aquilo a que EHRENZWEIG chama "culpa perante os bens seguros"¹¹¹⁰. Trata-se, salientemo-lo, de uma tese cunhada para os quadros da *causação do sinistro*¹¹¹¹ – e é nesta sede que se mantém viva no sistema jurídico alemão, numa longevidade a que não parece alheio quer o importante apoio que veio a conhecer da parte de MÖLLER, quer o facto de se assentar em que se cura aqui de uma exclusão do risco, e não de uma

¹¹⁰⁹ HANS MÖLLER, "§ 61", cit., p. 545, salientando, primeiro face às condutas não culposas, e depois também às atinentes a negligência simples, que, de outro modo, "[d]er Versschutz würde allzu stark entwertet".

¹¹¹⁰ ALBERT EHRENZWEIG, "Die schuldhafte...", cit., pp. 35-38.

¹¹¹¹ O autor, vendo nas *Obliegenheiten* verdadeiros deveres laterais, não transpõe os raciocínios para esta sede – ALBERT EHRENZWEIG, *Versicherungsvertragsrecht I..* cit., pp. 274 e ss., que perscrutaremos de perto na parte VI.

*Obliegenheit*¹¹¹². O parâmetro de aferição desta "culpa em sentido impróprio" não deixa, porém, de ser colhido na concepção geral da culpa relevante para a responsabilidade civil, devendo o tomador comportar-se como um cidadão ordenado e prudente (*bonus pater familias*) se comportaria na situação em causa e sendo as categorias da negligência grosseira e do dolo amoldadas sobre as vigentes em sede geral. Considera-se que o Direito dos seguros convoca este parâmetro geral para recortar condutas que, por motivos de sustentabilidade económica ou de sentido jurídico do contrato, deveriam estar fora da cobertura¹¹¹³.

A partir da obra de REIMER SCHMIDT, tornou-se, porém, recorrente o recurso à construção da *culpa contra si próprio* ("Verschulden gegen sich selbst"), articulada com o *venire contra factum proprium*. Esta permitiu fechar um edifício que ameaçava problemas estruturais, por assentar na conciliação entre a constante referência legal às formas de culpa e a visão persistente de que se curava aqui da defesa de interesses antes de mais – na concepção de REIMER SCHMIDT – ou exclusivamente – noutras concepções – próprios. O autor louva-se em grande medida na construção da "culpa contra si próprio", da autoria de ZITELMANN, segundo o qual haveria que distinguir entre a culpa que caracterizava a produção de um dano por um sujeito que não o lesado – a culpa contra outrem ("Verschulden gegen anderen") – e a que caracterizava o dano produzido por uma conduta do próprio lesado – a "culpa contra si próprio" ("Verschulden gegen sich selbst"). Perante a segunda, ocorreria apenas a eliminação de um pressuposto do qual o Direito objectivo fazia depender vantagens jurídicas ou a libertação de desvantagens jurídicas, sem contudo impor o comportamento contrário. Não se podia, pois, falar de verdadeira contrariedade objectiva ou subjectiva face ao Direito, não estando presente uma verdadeira censura, mas uma mera reprovação ética ou económica¹¹¹⁴.

¹¹¹² Veja-se HANS MÖLLER, "§ 61", cit., pp. 545-546, apoiando-se exactamente no argumento de que a causação do sinistro não assentaria numa *Obliegenheit* ou dever, mas numa exclusão do risco; os raciocínios não são já, como tal, transpostos para a sede das *Obliegenheiten* em geral – ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., pp. 197-198. Actualmente, HORST BAUMANN, "§ 81", cit., p. 270, conquanto o autor encadeie já este fundamento na armadura teórica fornecida pela análise de Reimer Schmidt.

¹¹¹³ HANS MÖLLER, "§ 61", cit., p. 524.

¹¹¹⁴ ERNST ZITELMANN, *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I, Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1900, pp. 152-153. Perante culpa contra outrem, haveria a *lesão de um dever que o Direito objectivo impunha no interesse alheio*, ligando a tal lesão consequências jurídicas desvantajosas ou a exclusão de vantagens jurídicas. Tal não era o caso face à culpa contra si próprio. Mas, se aí não estava presente uma verdadeira censura jurídica, não era menos certo que, na alusão

As debilidades da construção da "culpa contra si próprio" estão à vista, não se vendo como se transita destes juízos puramente extrajurídicos, éticos e económicos, para uma valoração jurídica¹¹¹⁵. É essa brecha que REIMER SCHMIDT procura preencher, com recurso à figura do *venire contra factum proprium*¹¹¹⁶. Como vimos acima, para o autor, não se poderia, relativamente à violação de *Obliegenheiten*, falar de uma culpa em sentido próprio. Seria caracterizador da categoria o *modus* de reprovação jurídica acolhida no § 254, à face do qual a censura do ordenamento jurídico só surge no momento em que o onerado vem exercer a *pretensão jurídica contraditória com a sua conduta anterior*. Porém, como dissemos também aí, e aqui repetimos para efeitos de clareza, o juízo de reprovação jurídica é, neste pensamento, localizado de um modo mais errático do que à primeira vista pareceria. O autor acaba por importar o momento da valoração para o da primeira conduta, porquanto, depois de fazer as considerações precedentes, conclui que a conduta que lesa os interesses do próprio lesado não viola a boa fé quando, fora ela dirigida contra os interesses de terceiro, e não contra os próprios interesses, não seria ilícita.

que os preceitos faziam à culpa não poderia deixar de estar contida uma "desaprovação" ("Mißbilligung"), cuja natureza havia que descortinar (pp. 166-169). Ora, para Zitelmann, havia por um lado casos de lesão de bens próprios, especialmente quando protegidos por direitos absolutos, como a integridade física, *cujas lesões pelo próprio titular configurasse a violação de um dever não jurídico, mas ético da pessoa perante si própria*. Estes casos parecem ser pelo autor associados às hipóteses de relevo de omissão contra os próprios interesses – vg., omissão de um tratamento médico –, em que a desaprovação de tal conduta era feita na perspectiva das representações éticas da comunidade – do que um observador médio considerava que um sujeito razoável deveria levar a cabo no seu próprio interesse. Noutros casos, o comportamento não era em si materialmente lesivo, mas o Direito associava-lhe consequências desvantajosas – nestes casos, a referência à culpa referia-se apenas à ocorrência destas consequências jurídicas e era feita na perspectiva do (auto) lesante. Quando o Direito colocava certas vantagens na dependência da conduta contrária, não o fazia para exigir determinado comportamento do sujeito, exigindo apenas que o sujeito adoptasse tal comportamento para que pudesse ter pretensão a tais benefícios ("[s]pricht man auch in diesen Fällen von Verschulden, von Fahrlässigkeit, so thut man das eben lediglich mit Rücksicht auf diese juristischen Folgen, und wiederum vom eignen Interessenstandpunkt des Handelnden aus. Wenn das objektive Recht an das gegenteilige Verhalten Rechtsvorteile knüpft, so verlangt es zwar nicht, daß diese Person sich so verhalte, denn beneficia non obtruduntur, *aber es verlangt doch, daß sie, wenn sie auf jene beneficia Anspruch macht, sich so verhalte*" (realçados nossos)). A reprovação aqui residia inteiramente em o sujeito ter agido contra os seus próprios interesses por ter perdido as consequências favoráveis que o Direito associava ao comportamento contrário. Esta culpa contra si próprio era, de resto, especular face à culpa contra outrem, assentando de igual modo na imputabilidade e conhecendo as formas do dolo e da negligência (na qual o padrão de cuidado era o cuidado consigo próprio).

¹¹¹⁵ Por todos, quanto à recepção da tese de Zitelman e à respectiva crítica, DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., pp. 189-194; para além da crítica à brecha entre o meta-jurídico e o jurídico que assinalamos em texto, o autor verbera, relativamente ao âmbito que analisa, também o facto de a "culpa contra si próprio" não resolver o problema cuja resolução se lhe pede em sede de culpa do lesado, porquanto, sendo apta a avaliar todo o dano co-causado pelo lesado, não recorta as situações em que o dano deve recair na sua esfera de responsabilidade, não fornecendo um *analogon* face à ilicitude.

¹¹¹⁶ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., p. 116; ver pp. ss. Veja-se quanto dissemos acima, em II.3.§ 2 C.

A mesma oscilação está, de resto, presente nos autores que seguiram a proposta de REIMER SCHMIDT – em particular, DEUTSCH e WIELING¹¹¹⁷. Dissemos já atrás que o pensamento de SCHMIDT vem perdendo importância. Permanece, porém, a referência geral, entre a doutrina, ao *venire contra factum proprium* para enquadrar a conduta do infractor de *Obliegenheiten*¹¹¹⁸. É um fundamento que, porém, como também aí dissemos, não se mostra proveitoso para acolher a estrutura aqui em causa, em que não há contradição directa entre duas condutas, que podem aliás nem sequer provir do mesmo sujeito. Tal denuncia logo a falta de pertinência do recurso ao *venire* num plano valorativo: o facto de as duas condutas não terem sequer o mesmo objecto depararia contra a formação de qualquer expectativa digna de protecção neste sentido.

Entre a doutrina e jurisprudência actuais pode dizer-se que, independentemente da construção adoptada quer quanto à causação do sinistro, quer quanto à violação de *Obliegenheiten*, prevalece, como *ponto de partida*, o apelo às *construções civilísticas gerais do dolo e da negligência*¹¹¹⁹ – conquanto os seus parâmetros sejam *teleologicamente adaptados ao contexto prático-valorativo próprio do contrato de seguro*. O enquadramento conceptual vale aqui, sim, no plano da valoração do incumprimento. Quem considera que as *Obliegenheiten* constituem verdadeiros deveres laterais adopta conaturalmente o cânone geral da culpa. E conaturalmente mantém que há uma reprovação jurídica associada ao seu não acatamento¹¹²⁰. Quem considera que há aqui meras *Obliegenheiten* enquanto

¹¹¹⁷ ERWIN DEUTSCH, *Fahrlässigkeit...*, cit., pp. 57-58; HANS JOSEF WIELING, "Venire...", cit., pp. 346 e ss.

¹¹¹⁸ HORST BAUMANN, "§ 81", cit., p. 270.

¹¹¹⁹ Além dos autores de que diremos nas notas seguintes, cfr. MANFRED WANDT, *VVG* § 28, cit., nm. 218 e 231; OLIVER BRAND, "Das Quotelungsprinzip...", cit., p. 68. Não se afirmou, assim, uma tese como a de KURT BALLERSTEDT, "Recensão a *Reimer Schmidt...*", cit., p. 82, que, fincado na natureza jurídica das *Obliegenheiten* como deveres jurídicos de menor intensidade, as associa a uma culpa diversa da técnico-jurídica, atinente a uma censurabilidade genérica. O autor considera que o princípio da responsabilidade pelo risco, atinente à justiça distributiva, é estranho ao direito dos contratos. Como tal, não se pode retirar consequências do incumprimento de deveres jurídicos – ainda que de menor grau – quando este não seja censurável; *não se trata de exigir aqui culpa em sentido técnico-jurídico, mas sim de exigir aquela censurabilidade genérica que, em termos conceptuais, deve estar presente para que se possa falar da violação de um dever, ainda que de menor intensidade*. O ónus de se proteger de danos ou de minorar o dano já iniciado seria expressão da expectativa juridicamente fundada de que cada membro da comunidade jurídica, desde que juridicamente capaz, se comporte como um sujeito razoável e nessa medida se proteja na medida do exigível de danos.

¹¹²⁰ Assim, JÜRGEN PRÖLSS, "§ 6", in *Prölss/Martin Kommentar*, ULRICH KNAPPMANN/JÜRGEN PRÖLSS/HELMUT KOLLHOSSER/WOLFGANG VOIT/CHRISTIAN ARMBRÜSTER (coord.), C. H. Beck,

figuras jurídicas distintas dos deveres recusa que se possa falar de uma conduta censurável, mobilizando aqui, ainda assim, a construção civilística geral relativa à culpa¹¹²¹. Quanto à causação do sinistro, a aceitação da qualificação de exclusão do risco milita por uma rejeição de uma reprovação jurídica da conduta, considerando-se que o Direito dos seguros convoca as categorias do dolo e negligência para recortar condutas que, por motivos de sustentabilidade económica ou de sentido jurídico do contrato, deveriam estar fora da cobertura¹¹²².

Como dissemos, é marcante na convocação actual da categoria da culpa a sua concretização em atenção ao *sentido e finalidade do contrato de seguro*, de garantia de uma transferência efectiva do risco que garanta ao segurado *a segurança* do seu plano económico¹¹²³.

Tal é descortinável logo na concretização do standard de diligência relevado, que surge geralmente antecipado para o próprio *Tatbestand* de relevância objectiva da conduta. Assim, a actuação *como se se não estivesse segurado* surge como parâmetro tanto da diligência devida em sede de salvamento, como enquanto bitola para valoração da conduta de causação do sinistro¹¹²⁴. Com efeito, na concretização deste parâmetro, vimos entrar considerações atinentes à preservação da consistência da cobertura, tanto na determinação do *standard de segurança contratual*, como da

Munique, 2004, pp. 165-220, p. 177, quanto à natureza jurídica de deveres das *Obliegenheiten*, e p. 211, quanto à aplicação do conceito civilístico geral de culpa; SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 105-106.

¹¹²¹ ROLAND MICHAEL BECKMANN, "§ 61", cit., p. 1057; ROBERT KOCH, "§ 82", cit., p. 346, recortando-as como pressupostos do direito à prestação seguradora.

¹¹²² HANS MÖLLER, "§ 61", cit., p. 524.

¹¹²³ Tal é especialmente vincado na análise de HANS ROELLI, *Kommentar...I*, cit., pp. 192-194, que considera que a ideia de segurança ínsita no seguro não permite que se negue a cobertura com base na normal falta de cuidado e diligência. O seguro tem, isso, sim, o sentido de retirar de sobre o segurado as preocupações que estreitam as suas possibilidades de actuação e assim libertar o potencial do sujeito para outras finalidades existenciais importantes. O "Verschuldungsmomenten" deveria, como tal, ser tratado em conformidade com este escopo (na doutrina helvética hodierna, estas considerações ecoam em BERNARD VIRET, *Privatversicherungsrecht*, cit., p. 158, que defende, em relação ao regime da causação do sinistro, uma interpretação restritiva do conceito de culpa usado na lei do contrato de seguro, porque o tomador deveria também estar protegido contra as consequências da desatenção momentânea; e porque o "Kürzungsrecht" do segurador era uma excepção à sua obrigação de efectuar a prestação acordada, devendo como tal ser interpretada restritivamente). Mais recentemente, é a mesma centralidade que se detecta em HANNES UNBERATH, "Die Leistungsfreiheit...", cit., p. 538, que densifica as categorias da culpa em atenção à função económico-social do contrato, que define em atenção à *Plansicherungstheorie*. Assim, em face da causação dolosa, considera que esta levaria a conduta em causa, porquanto voluntária, para fora do âmbito da contrariedade ao plano; face às concretizações da negligência, considera que, quanto mais forte o controlo do segurado sobre a não ocorrência do seguro, menos se podem dizer as condutas em causa como não planificadas.

¹¹²⁴ HORST BAUMANN, "Quotenregelung...", cit., p. 6; veja-se ainda toda a doutrina citada em sede de salvamento.

actuação *exigível* ao sujeito que se desincumbe do salvamento. Acresce, como veremos de seguida, que os elementos da negligência e do dolo são densificados em atenção àquela finalidade. Tal acontece por via da concretização do elemento subjectivo da *negligência grosseira* em atenção às circunstâncias pessoais do segurado – o que se conjuga, no ordenamento alemão, *com o erigir dela a patamar mínimo para o relevo do incumprimento de Obliegenheiten*, já que nenhum segurado razoável está livre de atenção e descuido¹¹²⁵ –, ou por via da tomada em consideração do *erro em sede de dolo*.

bb) Tomada de posição

Juntamo-nos às vozes anteriores para afirmar que o ponto de partida adequado para marcar as condutas incumpridoras destas exigências de conduta deverá ser o *sentido e finalidade do contrato de seguro*, atinente a uma *transferência do risco com densidade bastante para dar satisfação às expectativas legítimas do segurado*. É esse sentido e finalidade a depor pela cobertura principal da causação negligente do sinistro, ou pela exigência mínima de negligência grosseira para relevar o incumprimento das exigências de salvamento. Por um lado, o ponto de partida é exactamente o da transferência de um risco atinente à conduta do segurado, sendo o mecanismo jurídico para tal a criação de um dever de prestar condicionado a cargo do segurador. Por outro, as exigências de conduta em causa não são aptas a causar um dano autónomo na esfera do segurador que não – salvas em hipóteses de falta de prestação de informação pós-sinistro – o da constituição ou ampliação do dever de prestar a cargo do segurador. Antecipando considerações que teceremos no final desta parte IV, bem se vê que a determinação aqui da esfera de responsabilidade do segurado se amalgama com a determinação da esfera de risco do segurador.

É, pois, pelo óculo da *garantia da utilidade da cobertura* que se deve antes de mais procurar os contornos do parâmetro de relevância subjectiva das condutas. Outras considerações a manter sob foco prendem-se com a incidência de comandos imperativos nesta sede, bem como com a eventual presença de um escopo preventivo-repressivo.

Aquela lente não pode tão-pouco deixar de ser usada quando esteja em causa a

¹¹²⁵ Trata-se, de resto, de uma ideia que merecia já importante apoio doutrinal no plano do Direito a constituir, por apelo ao sentido e fim do contrato de seguro – , PETER SCHIMIKOWSKI, "Überlegungen...", cit., p. 358.

valoração de exigências de conduta especificamente criadas pelo contrato. Porém, nesta sede, não se poderá já determinar de plano que se imponha a negligência grosseira para que a violação releve. Haverá que determinar, em primeiro lugar, se a própria conduta exigida pelo contrato é legítima, face ao sentido e fim do contrato, por apelo à boa fé contratual precipitada num parâmetro de proporcionalidade. Uma vez apurada tal legitimidade, a exigência de uma negligência qualificada para retirar efeitos do incumprimento deverá valer apenas quando tais medidas comportem analogia bastante com o regime do salvamento: o que implica que se configurem como exigências de conduta com estrutura de obrigação de meios, destinadas ao controlo do risco ou das consequências do sinistro. Face a exigências que se *construam face a uma conduta especificada no contrato*, não há à partida razão para requerer a negligência grosseira como patamar mínimo de relevância, já que, por um lado, o sujeito deverá estar alertado para a necessidade de as pôr em marcha e, por outro estas apenas põe em causa a sua liberdade de actuação de um modo limitado¹¹²⁶. As circunstâncias da sua actuação – *maxime*, o contexto de urgência em que aquela se coloque – poderão, sim, militar a favor de uma apreciação mais leniente da conduta do sujeito¹¹²⁷.

Face aos *Tatbestände* amplos previstos pelo RJCS, atinentes à causação do sinistro e ao salvamento, vimos, em primeiro lugar, que a tomada em consideração do sentido e fim do contrato de seguro se concretiza na tomada como *ponto de partida do parâmetro da actuação como se se não estivesse segurado*. Trata-se de um parâmetro *com valor sobretudo heurístico*, que não fornece a medida técnica da diligência devida, concretizada depois na modelação mais específica da negligência e do dolo que aqui relevam¹¹²⁸; mas que aponta para a questão aqui central de não se

¹¹²⁶ Mobilizando exactamente o critério da especificação da conduta requerida, relativamente às *Obliegenheiten* prévias ao sinistro, para considerar aqui suficiente a exigência de negligência simples, JÜRGEN PRÖLSS, "Künftige...", cit., p. 475.

¹¹²⁷ Chamando a atenção para tal, em contexto de recusa de uma bitola de negligência grosseira para relevar a priori a culpa do gestor de negócios em contexto de urgência, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *A gestão de negócios, Um instituto jurídico numa encruzilhada*, Separata ao BFDUC, volume XXXIX, Coimbra, 1993, pp. 189-190 e ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Gestão de negócios", *BMJ*, 66, 1957, pp. 45-282, pp. 135-136.

¹¹²⁸ Pedindo-se do critério este relevo sobretudo heurístico, não procedem já as críticas que lhe foram dirigidas pela doutrina tradicional, sobretudo em sede de seguro marítimo, e depois retomadas por Möller. Assim, o parâmetro do "prudent uninsured owner", a que se assaca origem anglo-americana (CARL RITTER/HANS J. ABRAHAM, *Das Recht der Seeversicherung*, Cram, de Gruyter & Co., Hamburg, 1966, p. 555; quanto à jurisprudência que acolheu este critério, cfr. M. D. CHALMERS/DOUGLAS OWEN, *The Marine Insurance Act, 1906*, William Clowes and Sons, Londres,

tratar do cuidado devido face aos bens alheios, mas sim sempre de *valorar uma actuação face aos próprios bens*. Ora, numa actuação face aos próprios bens *compreendida no parâmetro da normalidade cabem bem as hipóteses de ligeira incúria e desatenção*. Por outro lado, este parâmetro aponta também para uma certa *subjectivização do parâmetro da diligência*, tendo em atenção as características concretas do agente. Estes dados entrelaçam-se numa *referência preferencial ao critério da negligência grosseira*.

De resto, em sede já de dolo, este parâmetro pode servir de ponto de apoio na *determinação do que seja o standard de segurança contratualmente pressuposto* – que, como vimos, releva logo em sede de Tatbestand objectivo do cumprimento. Não se pode, na determinação de tal standard, perder de vista o concreto contrato; porém, a referência à actuação de um não segurado mantém o foco na delimitação das condutas que, mesmo que muito arriscadas, cabem na normal relação com os próprios bens.

Todavia, como vimos atrás, a actuação como se se não estivesse segurado não exprime ainda todo o sentido útil do contrato, que visa ampliar a liberdade de actuação do segurado. Em todo este processo, não pode ser perdido de vista o concreto contrato e o seu recorte do risco coberto, para que se perceba em que medida se deverá acolher tal ampliação, permitindo ao segurado aproveitar das potencialidades do seguro, expor os bens seguros a mais riscos do que os exporia de outro modo. Assim, se se segura contra incêndios um laboratório onde, conforme declarado ao segurador, são levadas a cabo experiências com grandíssimo potencial de deflagração, ainda que se possa configurar a existência de dolo eventual na

1907, p. 85, citando como mais antigos os casos *Roux v. Salvador* (1836) seguido do *Irving v. Manning* (1847)), é já de longa data olhado com distanciamento crítico, mesmo no ordenamento inglês (M. D. CHALMERS/DOUGLAS OWEN, *The Marine...* cit., p. 85). Por um lado, considera-se que o apelo ao critério se tornava já progressivamente retórico, à medida que o seu conteúdo se ia cristalizando em diferentes precedentes jurisprudenciais. Por outro, considera-se que não era claro o que o critério pudesse trazer a mais do que a simples convocação do critério geral de diligência, devendo antes considerar-se que se tratava aqui não mais do que da recepção deste critério geral, correspondente à actuação de um "prudent" ou "reasonable man". Como tal, retira-se à invocação especificidade: o que estava em causa era a actuação com a diligência normalmente exigível. É esta mesma crítica que se prolonga na doutrina alemã, primeiro, na voz de Ritter e de Abraham e, depois, na de Möller: se o critério continha uma mera remissão para a actuação com a diligência normalmente exigível, era redundante; se pretendia exigir um cuidado maior ou – sobretudo – menor do que o expresso nesse parâmetro, seria então errado (CARL RITTER/HANS J. ABRAHAM, *Das Recht...* cit., p. 555; HANS MÖLLER, "§ 61", cit., p. 546). Saliente-se, de resto, como diremos em breve em texto, que, contra essa doutrina, nos parece de aceitar que o segurado tenha um espaço de actuação maior do que um não segurado, tendo contratado a cobertura exactamente para esses efeitos.

causação de um tal sinistro, este deve ser coberto. A mesma directriz vale, salvo quando da interpretação do contrato decorra o contrário, em caso de sacrifício de bens segurados para salvaguardar bens não segurados que tenham sensivelmente o mesmo valor – vg., não perdendo a cobertura o segurado que salve das chamas um quadro valioso da sua colecção, deixando perecer um quadro igualmente valioso.

No tocante à actuação de sujeitos que não tenham interesse sobre os bens seguros, as exigências relativas ao dolo e à negligência devem ser idênticas, sob pena de se vir por esta via agravar a posição do segurado.

b. A mobilização das categorias do dolo e da negligência

A culpa é geralmente retratada como um juízo ético-jurídico de censura pessoal dirigido ao sujeito que podia e devia ter actuado diferentemente na situação concreta¹¹²⁹. Em sede de incumprimento das exigências de conduta que nos ocupam, mais correcto é arredar aqui uma referência generalizada a um juízo de censura ético pessoal: trata-se, sim, de retirar consequências do afastamento relativamente a uma tal norma de conduta por parte do sujeito que podia e devia ter-lhe dado cumprimento. Face às exigências de fonte legal que vimos analisando, normalmente a conduta em causa seria do mesmo modo censurável, dada a densidade axiológica das exigências em causa, escoradas pela boa fé, pelos bons costumes ou pela ordem pública. Não tem, porém, que ser sempre assim, não se encontrando idêntica densidade axiológica nas exigências concretas de conduta recortadas por contrato.

Numa concepção não finalista dos pressupostos da responsabilidade, o dolo e a negligência surgem como modalidades da culpa, sendo o dolo a mais grave, pela mais estreita adesão entre a vontade do sujeito e a prática do acto¹¹³⁰. Face ao regime da causação, a culpa refere-se ao sinistro, ao passo que face às demais

¹¹²⁹ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 276, "Die Freiheit im Sinne des Andershandelnskönnens und die trotzdem gezeigte Nichtachtung des Gebots sind die Elemente des Schuldvorwurfs. Soweit der Mensch Schuld an seinen Handlungen und deren Folgen hat, soweit ist er nach einem fundamentalen ethischen Gesetz für sie *persönlich* verantwortlich. In dieser Verantwortlichkeit wird zugleich sein Person-Sein wie seine Bindung an sittliche und rechtliche Normen anerkannt".

¹¹³⁰ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, I, cit., p. 569, salientando que, para o Direito civil, basta a consciência do carácter danoso do facto (dolo genérico), não sendo necessário dolo específico, atinente à produção de determinado resultado. No sentido de que é o dolo genérico que está geralmente em causa no Direito dos seguros, (BERNARD DUBUISSON, "La faute...", cit., pp. 14586(5)-14586(6)).

exigências de conduta se refere à norma de conduta¹¹³¹.

aa) Critério da imputabilidade

Dir-se-ia não poder haver aqui grande equívoco: curando-se de reacções da ordem jurídica ao incumprimento de posições fundadas no contrato, haveria de se requerer capacidade jurídico negocial, já que, sem ela, não poderia o sujeito ingressar na relação jurídica especial¹¹³². A argumentação torna-se porém menos lienar quando se tem em mente que se trata aqui de *actuações materiais e declarações de ciência, que, em si, não requerem tal capacidade*. Acresce que estas *fattispecie* são também aptas a relevar na esfera de terceiros, que não têm que ter sido as partes negociais – pense-se num seguro de que o menor seja o segurado (vg., um amigo de família celebra por conta do menor um seguro de danos relativo à sua *vespa*), ou pessoa segura, como acontece em face dos seguros de saúde. Este segundo vector apontaria para a capacidade delitual como ponto de partida: estaríamos perante a valoração de uma conduta e não no debate em torno da capacidade para assumir a correspondente obrigação.

Na tomada de posição, não se pode perder de vista que tais actuações materiais não relevam *qua tale*, mas no âmbito ainda de um contrato¹¹³³⁻¹¹³⁴. Assim,

¹¹³¹ DIRK LOOSCHELDERS, "Schuldhafte...", cit., p. 5.

¹¹³² Este aspecto é realçado por MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres...* cit., p. 334.

¹¹³³ Na ordem jurídica alemã, a questão da qualificação do título de responsabilidade em causa para efeitos de imputabilidade não tem tanta relevância quanto entre nós, já que o § 276 (actualmente, o I, frase 2, determinando uma aplicação adaptativa; antes o I, frase 3), atinente à responsabilidade negocial, remete expressamente para os §§ 827 e 828, que determinam os parâmetros da imputabilidade em sede extranegocial. Assim, num caso ou noutro, para além das hipóteses de incapacidade accidental, releva um critério de idade, que é idêntico: antes dos sete anos, nenhum sujeito é capaz de culpa; entre os sete anos e a compleição dos dezoito anos, o sujeito apenas é responsabilizável na medida em que, ao tempo da actuação, tenha o entendimento necessário ao reconhecimento da responsabilidade. Cfr. WERNER FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, cit., pp. 182 e ss. Não obstante, a doutrina convoca, no tocante ao regime da causação do sinistro, tais parâmetros por via do § 276, vindo em tal implicado um enquadramento contratual – HORST BAUMANN, "§ 81", cit., p. 271.

¹¹³⁴ Tão-pouco são, pois, de préstimo, os subsídios que chegam do ordenamento belga, onde uma orientação com certa implantação na jurisprudência parece ser a de que basta intenção e vontade de praticar o acto correspondente ao sinistro, independentemente de o sujeito, ao tempo de tal prática, actuar em estado de inimputabilidade civil ou penal (cfr. a jurisprudência citada em BERNARD DUBUISSON, "La faute...", cit., pp. 14586(4)-14586(5); esta casuística está em sintonia com a posição subjacente à lei anterior, já que o respectivo diploma de aprovação revogou as disposições do seguro obrigatório de responsabilidade civil familiar que determinavam que devia ter lugar a cobertura de facto doloso do menor de dezasseis anos). *Abdicar de qualquer juízo de imputabilidade não quadra nem com a centralidade do dolo, nem com o escopo de relevar este como bitola mínima da causação do sinistro, cobrindo a negligência grosseira e simples à partida*. No ordenamento belga, BERNARD DUBUISSON, "La faute...", cit., pp. 14586(4)-14586(5), considera que a intencionalidade da causação deve assentar sobre o pressuposto da imputabilidade, a aferir segundo os critérios jurídico-penais,

a realização das medidas de salvamento previstas no contrato implicará capacidade para as compreender e executar; e, mesmo quando se não encontrem especificamente previstas, a sua escolha e implementação relaciona-se com o cálculo das despesas de salvamento reembolsáveis. Além de que, claro está, tais medidas poderão implicar a celebração de negócios jurídicos – pense-se no contrato de prestação de serviços celebrado com o rebocador do motociclo acidentado. Acresce que também as declarações de ciência implicam a valoração do relevo jurídico das circunstâncias de facto à luz do contrato de seguro – assim, para determinar se se trata de um agravamento contratualmente relevante, ou de um sinistro. De resto, vimos a propósito da actuação de terceiros que a medida da capacidade jurídica relevante para que a pessoa segura menor autodetermine a própria esfera no tocante a cuidados de saúde é, para lá do patamar negocial, a *capacidade para consentir no tratamento*. Ora, esta coloca exigências acrescidas face à capacidade delitual, já que não está em causa a capacidade para ser responsabilizado pela lesão de bens jurídicos alheios, ou de compreender proibições, mas antes de *ser responsável pelos próprios bens jurídicos, compreendendo o valor dos seus interesses*¹¹³⁵.

Tudo ponderado, parece-nos ser de distinguir em função das condutas que estiverem em causa. Quando a gestão do risco implique decisões em matéria de saúde, o critério é o da *capacidade para consentir em actos médicos*. Quando tal gestão implique *actos negociais*, quando se trate de *medidas de controlo do risco ou do sinistro especificamente previstas no contrato*, ou quando estejam em causa *deveres de prestação de informação*, vale o critério da capacidade jurídica negocial. Quando estejam em causa condutas materiais, haverá que valorar a capacidade natural do sujeito; no entanto, não se pode perder de vista que se trata não de meras condutas sociais ou morais do menor¹¹³⁶, mas de actos que relevam em sede de um

que determinam inimputabilidade se o sujeito actua em estado de demência, ou se é menor de 18 anos (ou, em casos especiais, de 16 anos). A convocação, pelo autor, das categorias da culpa penal assenta porém no facto de defender que o regime da causação dolosa é pura emanção do princípio da ordem pública – o que não podemos acompanhar. A defesa de que seja essa também a fronteira etária da imputabilidade responde igualmente, segundo o autor, a exigências de certeza jurídica, já que não faz depender a afirmação da intencionalidade da causação levada a cabo por um menor de juízos casuísticos atinentes à posse ou não de discernimento bastante pelo causador.

¹¹³⁵ ANDRÉ DIAS PEREIRA, "A capacidade...", cit., pp. 206-207. Acresce que a natureza de acto jurídico quase negocial em reconhecida ao consentimento aproxima a capacidade em causa da capacidade negocial, ambas pressupondo que a pessoa lide com razoabilidade com os seus próprios interesses.

¹¹³⁶ Cfr. MARIA DE NAZARETH LOBATO GUIMARÃES, "Ainda sobre menores e consultas de

negócio jurídico. Como tal, a *capacidade natural a exigir aqui será tendencialmente alinhada com os critérios da capacidade jurídica negocial*, já que o sujeito deve estar em condições de entender as *consequências negociais da sua conduta*¹¹³⁷. Não se pode dizer que não há riscos patrimoniais aqui implicados, já que a perda de um direito dirigido a aplacar as consequências de um sinistro pode ter consequências patrimoniais gravosas.

Este último critério, atinente à *actuação material*, sofre uma restrição *em sede de regime de causação dolosa*. Admitindo aí que o segurador valora tal conduta na esfera de um sujeito que não conheça sequer o contrato, não podemos deixar de arredar desta sede a referência negocial do critério. Assim, admitimos que, relativamente a este tipo de actuações, baste a capacidade para entender e querer o contexto que as suscita¹¹³⁸. Ainda que se afirme a capacidade, fica espaço para a valoração da culpa de acordo com a diligência exigida ao círculo dos sujeitos com as características intelectuais e volitivas do agente.

Deve admitir-se ainda, a interferência de factores de ordem psicológica ou física nos quadros da imputabilidade diminuída, modulando o juízo de culpa – *vg.*, excluindo o dolo, por falta do elemento volitivo – tendencialmente assim nas

planeamento familiar", *Revista do Ministério Público*, 10, 1982, pp. 193-201, pp. 195-197.

¹¹³⁷ Em sede de Direito patrimonial acabamos, paradoxalmente, por não dispor de argumentos de dogmáticos tão precisos como os que foram sendo desenvolvidos para fazer face à disposição da esfera pessoal, tendo que nos haver com o tendencial monolitismo da capacidade jurídica negocial, que, "por institucionalizad[a], sofre de ser um bloco" (MARIA DE NAZARETH LOBATO GUIMARÃES, "Ainda...", cit., p. 196) – bloco cujo monolitismo é enfatizado pelo facto de não determos, ao contrário do que ocorre na ordem jurídica alemã, um critério gradativo de raiz. Ora, conquanto "a *competência natural* imp[onha] à ordem jurídica o reconhecimento de *capacidade de agir* a todos os homens, assim como exige a justificação proporcional de restrições à capacidade de agir por remissão à necessidade de protecção de bens jurídicos individuais ou públicos relevantes" (GERALDO ROCHA RIBEIRO, *A protecção do incapaz adulto no Direito português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 77), assomam face às conduta em causa as razões que determinam a protecção acrescida dos sujeitos em sede de actuação negocial. Para uma mobilização também modulada dos critérios da capacidade negocial, neste caso não à luz das valorações da lei positiva, mas à luz do fundamento da tutela da confiança, JOÃO BAPTISTA MACHADO, "Tutela...", cit., pp. 356 e 415, segundo o qual o menor não responde pela confiança porque se não vincula pela sua conduta comunicativa: não responde por conselhos, informações ou recomendações porque a sua conduta não merece crédito – não funda uma expectativa legítima.

¹¹³⁸ Não temos, como teremos ocasião de precisar, por correcta a argumentação de ANTIGONO DONATI, *Trattato...II*, cit., pp. 133-134, que parte da natureza de exclusão do risco da causação dolosa, e consequente inexistência de uma verdadeira obrigação contratual de não provocar dolosamente o sinistro, a rejeição de que estejamos perante dolo a título de responsabilidade contratual. Haveria, sim, dolo relevante da responsabilidade extracontratual. Não faltaria o nexo subjectivo de vontade e consciência atinente ao dolo; poderia, sim, debater-se a presença de dano. Com efeito, as consequências da actuação lesiva projectar-se-iam na esfera do próprio agente, não ocorrendo dano em sentido juridicamente relevante; porém, uma vez que as consequências económicas do dano se achariam transferidas para a esfera do segurador por efeito do contrato, nesta se encontraria o dano relevante. Além do conceptualismo da abordagem, surge criticável a torção sistemática assim induzida.

hipóteses de ingestão de estupefacientes antes da condução de veículos¹¹³⁹ – ou diminuindo o juízo de negligência grosseira¹¹⁴⁰.

bb) O conhecimento como pressuposto e como elemento da culpa (elemento do Tatbestand objectivo)

É debatido se, como pressuposto para a relevância do incumprimento, se deve exigir que o agente efectivamente represente certas circunstâncias de facto e de direito relevantes para correctamente orientar a sua conduta. Trata-se aqui de uma questão de delimitação entre os pressupostos de relevância objectiva da conduta e a questão do erro, que coloca problemas de culpa, face à exigibilidade de representação de certos factos.

A questão debate-se, em primeiro lugar, face à *exigência do conhecimento do contrato de seguro para que o incumprimento de determinada exigência de conduta releve*. A resposta não pode deixar de ser afirmativa face a *condutas que só façam sentido nos quadros de um contrato*, como os deveres de informação da contraparte ou medidas específicas de controlo do risco ou do sinistro que o contrato imponha. É desprovido de sentido esperar o seu cumprimento espontâneo por parte de um sujeito que desconheça o contrato; e não há da parte deste sujeito qualquer dever de indagação de que um contrato de que não é parte se reporta à sua conduta, dado o princípio da relatividade contratual.

Onde a dúvida surge é já a propósito das condutas atinentes ao risco ou ao sinistro, já que aqui as circunstâncias interpelam directamente o sujeito que tenha a cargo a gestão do risco. Colocar-se-ia aqui a questão de saber se a sua conduta, omissiva ou actuante, e mais ou menos zelosa no controlo do risco ou do sinistro, poderia ser valorada "em si", no cuidado que patenteia face aos bens em causa. É esta, como vimos, a pretensão de quem defende que há que relevar, em sede de causação do sinistro, uma *culpa meramente económica*, que *prescinde do conhecimento do contrato por parte do sujeito para proceder à aplicação do*

¹¹³⁹ Cfr. o ac. do BGH de 18.10.1952 (II ZR 72/52), nm. 4; e o ac. do BGH de 23 de Janeiro de 1985, IV a ZR 128/83, em que estava em causa a provocação de danos através da condução de um veículo por um sujeito de sessenta anos, que na sequência da ingestão de medicação para indução do sono, tinha ainda ingerido álcool. No entanto, em jurisprudência mais recente, afirma-se o dolo face a taxas de alcoolémia muito elevadas – MANFRED WANDT, *VVG* § 28, cit., p. 221.

¹¹⁴⁰ HORST BAUMANN, "§ 81", cit., p. 271.

*regime da causação*¹¹⁴¹. Surgindo, como vimos, em aliança com a qualificação do regime da causação do sinistro como mera exclusão do risco, o raciocínio não tem sido transposto para o regime do salvamento, onde, face à configuração de uma *Obliegenheit*, se afirma a necessidade de conhecimento do contrato.

Saliente-se, em primeiro lugar, que não se pode falar de uma *verdadeira norma de conduta se não há possibilidade de o sujeito a conhecer e se orientar por ela* – o que, mais uma vez, estando nós perante uma exigência de conduta que apenas tem sentido no contexto de um contrato, não acontece face a um sujeito que não é dele parte. Sem uma norma de conduta a que se reporte, a culpa não existe, pois, em sentido próprio. Tratar-se-ia então de uma referência à culpa em sentido não técnico, valorando-se a actuação material do sujeito face aos interesses que estivessem sob sua gestão.

Na tomada de posição, o ponto de vista acertado não é o que parta das construções conceptuais para a solução, devendo antes partir do sentido jurídico das solicitações concretas. O juízo não deve, pois, partir do conceito de culpa para dizer que é necessário afirmar culpa em sentido técnico em cada caso; deve partir dos juízos sobre alocação do risco para determinar se em algum caso se poderia dispensar culpa em sentido técnico, falando-se então apenas de uma culpa num sentido translato. Tão-pouco o facto de se ter afirmado o carácter de exclusão do risco do regime da causação encerra já uma resposta à questão. A qualificação da exclusão não traz um regime consigo, abrindo, sim, amplas possibilidades de modelação, que a referência a figuras que assentam em exigências de conduta não contempla. Não vincula à rejeição da culpa propriamente dita, embora não enjeite esse resultado. Note-se, de resto, que, no núcleo central de hipóteses de accionamento do *Tatbestand*, não estará em causa o desconhecimento do contrato. A questão está em perceber se os regimes legais devem ter a virtualidade de se transpor para os casos de desconhecimento.

Compulsando as normas do RJCS, nota-se que o regime do salvamento *assenta no conhecimento do contrato* – veja-se o que se diz quanto ao beneficiário no art. 126.º, n.º 2. Igual previsão não se encontra face ao regime da causação dolosa. Esta omissão não tem, porém, que se explicar numa diferença de regimes, já que, nas hipóteses em que está em causa a causação dolosa do sinistro pelo

¹¹⁴¹ É actualmente o caso, como vimos acima, de HORST BAUMANN, "§ 81", cit., p. 270.

beneficiário, estaria simultaneamente em causa um atentado doloso contra a integridade física da pessoa segura, normalmente criminoso, na base do qual o beneficiário não poderia, sob pena de contrariedade à ordem pública, fundar direitos.

Tão pouco o regime do suicídio fornece indicações claras. Se por um lado se *valora um facto material praticado pela pessoa segura que pode ser mero objecto da referência dos direitos contratuais*¹¹⁴², não tendo ela própria um papel actuante face ao contrato, é também certo que o RJCS assenta no conhecimento do contrato por parte dela (43.º, n.º 3, do RJCS). De resto, a constelação não é idêntica: trata-se de *valorar a conduta de um sujeito que é e permanecerá terceiro relativamente ao contrato e perante cuja actuação os credores contratuais estariam, pois, prima facie, como face a um caso fortuito*. Não obstante, por razões de prevenção do risco moral, em atenção à ordem pública e ao equilíbrio do contrato, *retira-se supletivamente da cobertura o risco em causa*.

Não parece aqui probante a simples afirmação da irrelevância do conhecimento do contrato à luz da invocação do parâmetro da ordem pública – afirmando que este seria accionado pela lesão dos bens jurídicos sobre os quais recai a conduta "sinistrogénica", nada tendo a sua concretização que ver com a consciência da lesão de interesses patrimoniais do segurador¹¹⁴³. Como vimos,

¹¹⁴² LUCA BUTTARO, "Il suicidio...", cit., pp. 76 e ss., assenta, diferentemente, em que o regime do suicídio não se aplica quando a pessoa segura não é mais do que um objecto de referência dos direitos contratuais. Esta não seria segurado ou beneficiário, constituindo a sua actuação, face aos sujeitos que retiravam direitos do contrato, mero caso fortuito – haveria antes razões de previdência social a determinar a protecção destes. A ordem pública não imporá outro resultado, porque não seria o suicida o beneficiário dos direitos em causa. O argumento de que tal potenciaria a fraude não procederia por si – devendo o segurador provar a fraude à lei quando esta ocorresse. Assim, se o segurador não pretendesse cobrir esse risco, deveria especificá-lo no contrato. Não parece que esta argumentação possa proceder entre nós. A letra da nossa lei milita, desde logo, no sentido de acolher também a hipótese de suicídio pela pessoa segura nessas circunstâncias. O argumento literal é, claro está, meramente indicativo; mas o substrato valorativo não indica solução diversa. Com efeito, em termos materiais, o risco de potenciação do suicídio não é muito diverso quer a pessoa segura seja tomadora, quer seja mero objecto de referência do contrato, *exactamente porque em qualquer dos casos é um sujeito que não a pessoa segura – seja ela tomadora ou não – a receber a prestação*. Este último vector também procede, de resto, em relação ao seguro de saúde que dê direito a prestações pré-determinadas em caso de invalidez. Como procede, de resto, o juízo legal de retirada dos sinistros voluntários cometidos pela pessoa segura terceira ao contrato do arco da cobertura, em prol de uma distribuição equilibrada dos riscos contratuais. Concedendo embora que a solução pode colocar problemas de transparência, parece-nos, pois, que o princípio estabelecido pela lei para o suicídio vale também para estas outras hipóteses.

¹¹⁴³ Não acompanhamos, pois, BERNARD DUBUISSON, "La faute...", cit., p. 14586(3), considera que basta uma intenção culposa de causar o sinistro, independentemente de o actuante ter conhecimento do contrato ou da sua extensão. Esta visão é tributária do facto de o autor ver na ordem pública o

porém, a ordem pública não é, desde logo, o único sustentáculo material deste regime. E, por outro lado, como é patente em relação à disposição dos bens da própria personalidade, há situações atinentes à actuação sobre os próprios bens (não é assim, claro está, face às condutas que possam causar perigo para bens de terceiros) que não atraem em si o juízo do parâmetro da ordem pública. É o facto de *tais condutas se terem tornado referente de um contrato*, vinculando a livre disponibilidade do respectivo titular ou podendo incentivá-lo à lesão de bens próprios carecidos de protecção, que pode ferir a ordem pública. Como tal, a referência à ordem pública sempre exigiria, num grande número de casos aqui relevantes, o conhecimento do contrato pelo sujeito.

A resposta exige antes uma ponderação entre dois pólos. De um lado, o da preservação do equilíbrio económico-jurídico do contrato, não alargando a esfera de comportamentos pelos quais o segurador responde; de outro, o de que ao sujeito cujo direito depende da adopção por si de determinada conduta deve ser dada oportunidade de se motivar correctamente antes da sua adopção.

Por um lado, o segurador contrata em vista de um segurado que actue com um mínimo de diligência em relação aos bens segurados. Esta não é uma mera suposição feita em abstracto, de acordo com uma suposta fenomenologia da realidade, mas um dado que resulta do recorte das esferas de risco operado pelo ordenamento jurídico. Assim, no nosso ordenamento, o segurador opera o cálculo da prestação que exigirá a coberto de um conjunto de normas que lhe garantem que não terá que prestar em caso de dolo do tomador ou segurado, e que, aderindo contratualmente ao regime sinalizado pela lei, não suportará os danos agravados que resultem da sua negligência grave – ou quaisquer danos, em caso de incumprimento doloso. A exigência do conhecimento do contrato seria para ele particularmente onerosa em face do regime da causação dolosa do sinistro: impor ao segurador que afinal preste no caso de o seguro ser dolosamente causado por um segurado incidentalmente desconhecedor do contrato é levá-lo *a cobrir mais riscos do que cobriria em relação ao segurado dele conhecedor*. Parece, pois, uma solução sensata não fazer cair sobre o segurador os efeitos de situações que podem corresponder a esse *enviesamento do risco tido em conta*.

O *segundo dos pólos* reporta-se ao sentido ético-jurídico das consequências

fundamento do regime da perda de direito que, no seu entender, concretiza o regime da causação dolosa.

jurídicas aqui aplicadas e que *postula que ao sujeito deva ser dada oportunidade de se determinar de acordo com o contrato*. É isto que pressupõe o princípio da culpa, enquanto pressuposto geral das consequências reparatórias. É esta capacidade condutora das condutas dos agentes ("Steuerungsfunktion") que o alia ao desempenho de funções preventivas pelos remédios para o incumprimento, mesmo quando estas funcionem em aliança com o recorte de esferas de risco. Impõe-se, por isso, indagar das constelações em que é *decisivo dar ao sujeito uma oportunidade de conhecer o contrato ou as normas de conduta a ele conexas para que o sujeito possa motivar a sua conduta de acordo com os mesmos*. Trata-se de identificar as situações em que é razoavelmente de esperar que um sujeito pudesse, ainda que de boa fé, actuar de modo contrário às exigências de conduta aqui em causa por não conhecer o contrato ou tais exigências.

Com isto, cremos que o conhecimento do contrato é ainda condição necessária ao alinhamento da conduta com os deveres de prevenção e mitigação. Isto é assim porque não se pode esperar que um sujeito adopte medidas preventivas ou mitigatórias de igual alcance quando sabe e quando não sabe que será reembolsado pelas despesas correspondentes. No limite, poderá não levar a cabo quaisquer medidas de salvamento simplesmente por não ter ele próprio recursos disponíveis para custear as despesas correspondentes – não se submetendo, por exemplo, de imediato a uma intervenção cirúrgica dispendiosa mas muito eficaz na contenção de danos futuros. Por outro lado, sublinhe-se que, nesta hipótese, o sinistro já aconteceu ou irá inelutavelmente acontecer, produzindo consequências desfavoráveis na esfera do segurado – estamos, pois, num contexto em que o segurado tem à partida que fazer opções que implicarão sacrifício de bens para salvaguarda de outros.

Estas considerações *não procedem já perante a causação do sinistro*. O sinistro ainda não aconteceu nem está iminente: o sacrifício de bens próprios pelo segurado parte de uma decisão sua, não pressionada por uma urgência de salvaguarda desses ou outros bens ameaçados. E, sobretudo, não é de esperar que um *sujeito de boa fé pudesse atentar mais contra os seus bens por não se saber segurado*, perdendo por essa via uma protecção seguradora a que não sabia que tinha direito. Reversamente: o *conhecimento da cobertura não é um elemento relevante para levar o sujeito a atentar menos contra os seus bens*, já que o contrato de seguro *não o premeia em si por essa diligência antecipada* – não implica

suportação de despesas com medidas meramente preventivas do sinistro – apenas *lhe negando a prestação se o sujeito causar a respectiva necessidade*¹¹⁴⁴.

Estes dados valorativos caminham a par com os dados legais referidos acima, que apontam para a exigência do conhecimento do contrato apenas no tocante ao regime do salvamento. Saliente-se, de resto que, mesmo entre a doutrina estrangeira que enjeita a qualificação do regime da causação como exclusão do risco, a tendência é para ficcionar o conhecimento do contrato nestas hipóteses, abdicando da sua materialidade¹¹⁴⁵.

Em segundo lugar, o requisito coloca-se face à exigência do conhecimento das circunstâncias a informar. Vimos já que o RJCS assenta, no tocante aos deveres de informação, na efectiva representação da circunstância em causa por parte do sujeito – é assim face à representação das circunstâncias em que assenta o agravamento do risco (art. 93.º, n.º 1), bem como face às circunstâncias em que assenta o sinistro (art. 100.º, n.º 1). Ao conhecimento equipara-se, como vimos acima, a subtracção dolosa ao conhecimento, em que o sujeito, dispondo da possibilidade de adquirir o conhecimento relevante, furta-se a tal; isto configura uma conduta abusiva, devendo ter por consequência o surgimento (*surrectio*) do dever de informar na esfera do sujeito¹¹⁴⁶. Não se equipara já a este, como vimos também, o mero desconhecimento culposo, ainda que ocorra negligência grosseira¹¹⁴⁷ – à face do regime dos

¹¹⁴⁴ Não se desconhece, claro está, o sistema *bonus-malus* (143.º RJCS), pelo qual, num seguro em cuja vigência se possa produzir uma pluralidade de sinistros, o segurador vai repercutindo nos prémios o historial de sinistralidade do segurado. Podia, efectivamente acontecer que o segurado assumisse tal posição por sucessão em contrato anteriormente celebrado e, antes que dessa qualidade se apercesse – em todo o caso, antes de lhe ser cobrado pela primeira vez o prémio – causasse intencionalmente um sinistro. Poder-se-ia então alegar que o segurado omitiria tal sinistro intencional se soubesse que isto se repercutiria nos prémios a pagar futuramente. Este argumento não releva, porém, para o debate em texto. Desde logo, porque a lei manda considerar para efeitos de agravamento apenas os sinistros causadores de um dever de indemnizar do segurador – exactamente o que um sinistro doloso não coberto, como aqui se debate, não causará. O que já se poderá, sim, debater é o relevo de um sinistro negligente ou doloso coberto cometido quando o segurado desconhecia que o era *para efeitos de agravamento de prémios futuros*; ora e, para esses efeitos, de sentido marcadamente preventivo-repressivo e incentivador, não se mostra curial tirar consequências de condutas levadas a cabo no desconhecimento de tais consequências.

¹¹⁴⁵ ROLAND MICHAEL BECKMANN, "§ 61", cit., p. 1016; HANS MÖLLER, "§ 61", cit., p. 546. Contra, DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 61, por apelo à gravidade da consequência jurídica em causa e à contradição valorativa que assim teria lugar face ao pressuposto da violação de *Obliegenheiten*. Parece-nos, não obstante, que esta argumentação não pondera devidamente os interesses do segurador e a especificidade do contexto da causação do sinistro.

¹¹⁴⁶ RAÚL GUICHARD ALVES, *Da relevância...* cit., pp. 30-31.

¹¹⁴⁷ Opera esta equiparação na rejeição de uma boa fé psicológica em prol de uma boa fé ética ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* cit., pp. 515-516. Tal nada revela, porém, quanto ao que o autor entenderia relativamente a uma questão como a referida em texto, em que há razões de fundo

agravamentos do risco, tal imporia, como referimos, um *onus de permanente investigação da esfera do segurado, que pesaria de modo demasiado gravoso sobre a manutenção do seu direito à prestação*. À face da comunicação do sinistro, dispensa-se também o segurado de tal ónus, conquanto este menos gravosamente pesasse – já que um evento produtor de danos na própria esfera pouco plausivelmente passará despercebido; como tal, nestas hipóteses mais facilmente se provará o conhecimento. Trata-se, porém, de um expediente que comumente acompanha a consequência de ter início a contagem de um prazo, sendo a exigência do conhecimento efectivo uma via conforme a uma maior segurança jurídica quanto à determinação desse momento¹¹⁴⁸. A prova deste facto interno terá que se socorrer geralmente de presunções judiciais; porém, não se confunde por essa via ulterior

para não bastar a mera cognoscibilidade. Para uma argumentação cabal contra a equiparação de plano entre conhecimento e desconhecimento culposo, RAÚL GUICHARD ALVES, *Da relevância...* cit., pp. 33-35, dando exactamente relevo à concreta constelação subjacente à norma, que pode militar contra a imposição de um tal ónus de investigação; salientando as hipóteses em que é pacífica a exigência do conhecimento, como nas hipóteses em que se exige dolo; e, para o que aqui importa, dando ainda relevo à tutela da segurança jurídica de que dizemos em texto. Trata-se aqui, em suma, de uma opção legal consentânea com a prossecução de certas finalidades materiais, não havendo porque à partida se considerar que ocorre mera obediência formal a uma concepção finalística do ilícito. Não obstante, parecem ter estado considerações de construção finalista na base da inflexão jurisprudencial que, nos anos '60 do século passado, elevou o conhecimento efectivo a elemento do *Tatbestand*. Com efeito, por acórdão do ano de 1963 (citado em WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG § 23*, cit., nm. 49 e ss. e 258) o BGH firmou que o pressuposto da violação do dever consistiria na mera actuação contrária ao dever. Não se considerava necessário o conhecimento da circunstância agravante ou deste seu carácter, bastando a cognoscibilidade: assim, por exemplo, indagava-se se um transportador que utilizasse o cuidado devido verificaria ou não o estado de segurança do seu veículo. As questões atinentes aos pressupostos subjectivos da violação eram pois exclusivamente remetidas para a determinação da culpa. Este entendimento veio a ser abandonado ainda nos anos '60, com o ac. do BGH de 25 de Setembro de 1968, IV ZR 514/68, (sobre o que dizemos de seguida, cfr. sobretudo, no dito aresto, os nm. 11-12 e 15 e ss.). Em ruptura assumida com a jurisprudência anterior, o BGH passa a exigir pelo menos a vontade de acção natural para que se possa falar de contrariedade ao dever. Ora, a vontade de acção exige pelo menos a consciência da alteração da situação do risco. Trata-se aqui de um comportamento finalisticamente orientado à alteração da situação do risco, que não poderá estar presente sem conhecimento das circunstâncias agravantes. Esta contrariedade ao dever subjectiviza-se então. Note-se que basta tal conhecimento das circunstâncias – não é necessário conhecer o seu efectivo carácter agravante, nem a representação da existência de um agravamento em sentido jurídico, nem da ilicitude da conduta. Ao conhecimento é apenas equiparada a subtracção fraudulenta ao conhecimento ("sich der Kenntnis arglistig Entziehen"). Esta rigidez é apenas atenuada pela admissão de que um defeito evidente é um forte indicio do conhecimento. Ora, esta jurisprudência, assente na prova de representações efectivas, e não na afirmação de um parâmetro normativo de exigibilidade, continua assim a desenvolver-se aquém do patamar da culpa. Esta mesma contenção no plano da violação objectiva do dever é criticada por WOLFRAM WRABETZ/PETER REUSCH, *VVG § 23*, cit., nm. 53 e ss.; quanto ao que se diz de seguida, nm. 261 e ss., já que pouco deixa para ponderação no plano da culpa. Aliás, a prova do conhecimento no plano dos pressupostos objectivos do dever aponta já, no que ao plano da culpa concerne, para o dolo; assim, tornam-se pouco relevantes as hipóteses de negligência, ainda que grosseira – cuja prova não substitui a do conhecimento. Pelo que já dissemos antes e repetimos em texto, não parece que tais considerações sejam decisivas. A prova requerida num caso e noutro não se confunde; e no plano da culpa será aferida a correcta valoração pelo sujeito das circunstâncias representadas.

¹¹⁴⁸ RAÚL GUICHARD ALVES, *Da relevância...* cit., p. 35.

com a negligência grosseira no desconhecimento: se vg., o sujeito prova que por erro indesculpável não tomou conhecimento, não se preenche o *Tatbestand* em causa – que já se preencheria se bastasse a cognoscibilidade¹¹⁴⁹. Como dissemos atrás, a negligência grosseira poderá relevar apenas em hipóteses extremas, de períodos muito longos sem que haja verificação da própria esfera¹¹⁵⁰.

cc) A negligência relevante

A negligência pressupõe, pois, o reconhecimento ("Erkennbarkeit") e a evitabilidade ("Vermeidbarkeit") da violação da norma de conduta, sendo a concretização das circunstâncias em que tal acontece fornecida pelo cânone geral de diligência: a conduta é negligente quando a violação da norma de conduta fosse reconhecível e evitável mediante o uso do cuidado normal¹¹⁵¹.

No tocante aos deveres de informação previstos no RJCS, o legislador nacional pronunciou-se pela suficiência da negligência simples para retirar consequências desta violação. Não procedem aqui, na verdade, razões inteiramente paralelas às vistas a propósito da actuação face ao risco, já que a cobertura não é adquirida para garantia da posição do segurado enquanto transmitente da informação relevante. De resto, ao contrário do que acontece em relação ao dever de salvamento, não estamos num terreno contíguo ao de outro regime de conduta face ao risco – no caso, o da causação dolosa do sinistro – que milite pela correcção do regime legal. Sempre se reconhece, porém, que pela suficiência de negligência simples na violação de deveres de informação se abre facilmente uma via relativamente ampla de afectação do direito à prestação, já que o contexto de urgência pode implicar precipitação ou asoberbamento na recolha ou transmissão de informação. Tal pode e deve, porém, ser relevado em sede do juízo de diligência,

¹¹⁴⁹ RAÚL GUICHARD ALVES, *Da relevância...* cit., pp. 37-38.

¹¹⁵⁰ Cfr. ainda o ac. do BGH de 14.04.1976, IV ZR 29/74, considerando que o conhecimento efectivo da situação de risco é condição da própria possibilidade de afirmar uma omissão relevante para efeitos de causação do sinistro. Assim, o desconhecimento culposo de tais circunstâncias não afecta a cobertura. O argumento apresentado pela jurisprudência é o de que solução contrária retiraria desmesuradamente valor à cobertura.

¹¹⁵¹ JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil (Curso de mestrado)*, s. ed., Coimbra, 2001, p. 31; DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., pp. 337-338.

que se apura face às circunstâncias concretas¹¹⁵². E não poderá deixar de ser aqui, à semelhança do que vimos face às exigências recortadas pelo contrato, relevado o grau de especificação da conduta imposta – assim, face às informações relevantes solicitadas pelo segurador, quanto menos especificadas estas forem, maior espaço haverá para aferir da exigibilidade da sua correcta concretização¹¹⁵³.

Diferentemente, face à diligência na prevenção do sinistro e minoração dos seus efeitos, – que, recorde-se, é aqui o parâmetro objectivo de relevância da conduta, e não ainda juízo de culpa – deve valer o parâmetro da negligência grosseira, por via do qual se tomam em *consideração as concretas limitações e capacidades do segurado, subjectivizando a aferição da diligência devida*¹¹⁵⁴. Para além do que vimos já, deve assentar-se em que não estão aqui em causa interesses paralelos aos que valem em face da causação de dano na esfera alheia, não se impondo a tutela geral do tráfico¹¹⁵⁵.

A negligência grosseira está numa relação gradativa face à negligência simples: trata-se de uma forma agravada de desatenção, não de um *tertium genus*¹¹⁵⁶. Identificar um comportamento com a negligência grosseira é já, pois, graduar a culpa que ele patenteia¹¹⁵⁷. Com efeito, a negligência grosseira considera-

¹¹⁵² Cfr. novamente JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *A gestão de negócios...* cit., pp. 189-190.

¹¹⁵³ Valorando nesta sede o grau de especificação da informação requerida, JÜRGEN PRÖLSS, "Künftige...", cit., p. 485, que contudo conclui, *de iure condendo*, pela maior adequação da bitola mínima da negligência grosseira.

¹¹⁵⁴ É também este o modo como a nossa jurisprudência superior densifica a negligência grosseira, considerando que esta deve "ser apreciada em concreto, em face das condições da própria vítima e não em função de um padrão geral, abstracto, de conduta" – cfr. ac. do STJ de 11 de Fevereiro de 2015, Processo n.º 1301/10.5T4AVR.C1.S1; ac. do STJ de 22 de Setembro de 2011, Processo n.º 896/07.5TTVIS.C1.S1; ac. do STJ de 9 de Junho de 2010, Processo n.º 579/09.1YFLSB (todos eles no âmbito dos seguro de acidentes de trabalho). Diferentemente, concretizando a negligência grosseira como "conduta altamente reprovável à luz do mais elementar senso comum", ac. do STJ de 16 de Dezembro de 2010, Processo n.º 2732/07.3TBFLG.G1.S1.

¹¹⁵⁵ DIRK LOOSCHELDERS, "Schuldhafte...", cit., p. 5; HANNES UNBERATH, "Die Leistungsfreiheit...", cit., p. 538, partindo da função do seguro de permitir a segurança do plano económico do segurado, considera que o que releva é saber em que medida é que o segurado podia, ele próprio, ter controlo sobre a ocorrência do risco: se podia ter tal controlo, não se pode falar de uma colocação em causa de tal plano. Por outro lado, o argumento da comunidade de segurados e do encarecimento dos prémios não se mostra um óbice, já que seria tarefa do segurador construir o *pooling* de modo a permitir diluir estes riscos.

¹¹⁵⁶ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., pp. 291-292; DIRK LOOSCHELDERS, "Quotelung...", cit., pp. 17-18, também quanto ao que dizemos de seguida; OLIVER BRAND, "Das Quotelungsprinzip...", cit., p. 68

¹¹⁵⁷ Na qualificação de uma actuação como grosseiramente negligente tratar-se-á, segundo DIRK LOOSCHELDERS, "Rettungspflicht...", cit., p. 849, de procurar concretizações especialmente vincadas do elemento da *cognoscibilidade* e/ou do da *evitabilidade* da violação da norma, ou do resultado, ao modo de um sistema móvel – assim, STEFAN GRUNDMANN, "BGB § 276 Verantwortlichkeit des Schuldners", *Münchener Kommentar zum BGB, II*, WOLFGANG KRÜGER

se preenchida quando, face ao conjunto das circunstâncias, o segurado viola o cuidado exigido no tráfico de um modo anormalmente elevado, desatendendo o cuidado que deveria, no caso, ser evidente para todos¹¹⁵⁸.

Aqui, à *componente objectiva* da negligência simples, acresce uma *componente subjectiva*, nos termos da qual se deve ainda tratar de uma falha indesculpável, que transcende de um modo incomum a medida da normalidade¹¹⁵⁹. É através *deste lado subjectivo do juízo* que se atende às circunstâncias pessoais, físicas e psicológicas, do segurado¹¹⁶⁰, dando-se também relevo aos hábitos do círculo cultural de que o segurado faz parte¹¹⁶¹. O juízo não depende, porém, apenas destas, sendo influenciado pela gravidade da violação do dever de cuidado¹¹⁶² e considerando-se que, quanto mais perigosa a actividade – assim, vg., a participação

(coord.), C. H. Beck, Munique, 2012, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 21.05.2015) nm. 94-95 e 97-103.

¹¹⁵⁸ É esta jurisprudência constante, já desde o *Reichsgericht* – cfr. KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., pp. 291-292; na doutrina seguradora, dando-nos conta da persistência desse entendimento, cfr. por exemplo RAINER HEB, "Die Quotenbildung...", cit., p. 1. Considerando-se, com ERWIN DEUTSCH, *Das neue...*, cit., p. 145, que o parâmetro da negligência deve ser concretizado de acordo com âmbito em que ela é chamada a operar, concretiza-se a negligência grosseira na violação das exigências de cuidado elementares. A pergunta de controlo é aqui "wie kann man nur?", que se deixa traduzir por "como se pode sequer?". Sendo uma fórmula com certo apelo retórico, não deixa porém de ser criticada pela sua vagueza. Segundo ERWIN DEUTSCH, *Das neue...*, cit., p. 145: esta fórmula seria "ungenau und ungeeignet". Na (de acordo com a ordem da tradução, em texto) segunda parte ecoava ainda a formulação de Ulpiano *non intellegere quod omnes intellegunt*, remetendo para uma suspeita de dolo; a primeira correspondia a uma fórmula recusada, por pleonástica face à expressão "negligência grosseira", aquando dos trabalhos preparatórios do BGB.

¹¹⁵⁹ Cfr. o ac. do STJ de 11 de Fevereiro de 2015, Processo n.º 1301/10.5T4AVR.C1.S1, distinguindo entre negligência grave, leve e levíssima "em função da intensidade ou grau da ilicitude (a violação do cuidado objectivamente devido) e da culpa (a violação do cuidado que o agente é capaz de prestar segundo os seus conhecimentos e capacidades pessoais)"; WOLFGANG RÖMER, "Das sogenannte Augenblickversagen", *VersR*, 28, 1992, pp. 1187-1190, p. 1187.

¹¹⁶⁰ WOLFGANG RÖMER, "Das sogenannte...", cit., p. 1189, dando o exemplo do sujeito de 62 anos de idade que se esquece de desligar a fritadeira que continha óleo e causa com tal um incêndio.

¹¹⁶¹ Assim, OLIVER BRAND, "Das Quotelungsprinzip...", cit., pp. 72-73, com dois exemplos de concretização deste critério. Um primeiro, atinente a um caso em que um sujeito que residia em Berlim guardou o seu dispendioso material de mergulho numa arrecadação do sótão do prédio, partilhado por várias famílias, sendo tal arrecadação "isolada" através de uma rede que permitia ver o seu interior e protegida apenas por um cadeado. Ao contrário do LG de Berlim, que considerou que aqui intercedia negligência grosseira, o autor citado considera que, face aos hábitos de vida num apartamento arrendado numa grande cidade, não é de esperar que o segurado deva conservar artigos de uso sazonal durante todo o ano dentro da sua casa, limitando-lhe o espaço disponível. Um segundo caso é o de um segurado que acendeu uma vela de Natal (Weihnachtkerze ou Adventskerze) no dia 9 de Janeiro, deixando-a ao lado do pinheiro, já seco. Na sala em causa ficou um convidado; não obstante, a vela pegou fogo ao pinheiro e depois à casa. Aqui foi o próprio tribunal a reportar-se aos hábitos do círculo social do segurado, considerando ser neste círculo comum que se acendesse aquele tipo de velas de Natal, mas já não que se dispusesse de um extintor em casa; assim, o tribunal rejeitou a ocorrência de negligência grosseira. Contra, Brand (p. 73) levando em conta não ser tradicional acender aquele tipo de vela depois do Dia de Reis, e que, ademais, com o avançar do calendário, o grau de secagem do pinheiro agravaria consideravelmente o seu carácter inflamável, afirma que tal conduta mereceria um juízo de negligência grosseira.

¹¹⁶² DIRK LOOSCHELDERS, "Rettungsobliegenheit...", cit., p. 849.

no tráfego rodoviário –, mais se exige do segurado¹¹⁶³.

Já do lado objectivo do juízo intervém o facto de se ter ou não criado um risco de dano superior ao comum e pressuposto no contrato. Elementos desta avaliação são a previsibilidade das consequências da lesão da *Obliegenheit*; a dificuldade de levar a cabo conduta diversa; a perigosidade objectiva do comportamento; a existência de sinais de aviso para certos perigos ou violações (assim, vg., valorando-se o tempo em que esteve aceso o sinal vermelho; a existência de um sinal que vedasse a passagem; a existência de advertências quanto ao perigo de furto,...); a violação de normas pertencentes a outros ordenamentos é também tida em consideração, dando indicações directas quanto à gravidade relativa da conduta (vg., aceitando-se uma transposição da gravidade relativa das consequências contra-ordenacionais para a avaliação da gravidade relativa dos comportamentos). Outros critérios tidos aqui em consideração são os da duração e frequência dos comportamentos – assim, vg., a duração de uma ausência de casa durante a qual ocorre a ruptura de uma conduta¹¹⁶⁴.

É inegável a fluidez da categoria da negligência grosseira e a margem de valoração que assim se abre ao julgador. Tal não é, porém, privativo deste juízo, sendo constitutivo da realização do Direito. A temporária falta de bordões jurisprudenciais claros quanto à sua aplicação poderá ser ao menos parcialmente compensada noutra estrato do sistema jurídico – o da dogmática. De resto, renunciar à referência à negligência grosseira seria proceder a uma distribuição desequilibrada dos riscos contratuais¹¹⁶⁵. E poderia ainda ter efeitos perniciosos ao nível da própria construção da negligência, similares aos que ocorreram na Alemanha aquando da vigência das normas rígidas da lei anterior. Com efeito, o facto de, aí, a negligência grosseira levar à perda do direito à contraprestação, ou à sua redução, levou a jurisprudência a qualificar vários comportamentos materialmente constitutivos de negligência grosseira como apenas constitutivos de negligência simples, como modo de obviar a consequências jurídicas tidas como

¹¹⁶³ WOLFGANG RÖMER, "Das sogenannte...", cit., p. 1190.

¹¹⁶⁴ WOLFGANG RÖMER, "Das sogenannte...", cit., pp. 1191; LG Osnabrück, cit ap. OLIVER BRAND, "Das Quotelungsprinzip...", cit., p. 71; criticamente, o autor considera que a ausência não deveria ser tida em consideração quando o facto de o segurado estar presente não tivesse feito qualquer diferença quanto aos danos; ao juízo contrário só se poderia chegar se se concluísse que tal daria ao sujeito oportunidade de ser, vg., alertado por vizinhos quanto aos danos.

¹¹⁶⁵ DIRK LOOSCHELDERS, "Rettungsobliegenheit...", cit., pp. 848-849.

desajustadas¹¹⁶⁶. Ora, o facto de aqui a simples negligência poder já accionar consequências de redução da prestação pode, de modo paralelo, levar a uma negação da negligência onde esta efectivamente se verifique, com erosão das categorias jurídicas e consequências negativas para a certeza jurídica¹¹⁶⁷.

A valia da subjectivização do juízo é ainda evidente para contemplar situações em que estejam em causa decisões sobre bens da personalidade, como vimos a propósito do salvamento¹¹⁶⁸. Tal como em sede de culpa do lesado se pode dizer que as expectativas do lesante, de que o lesado se comportaria como um sujeito medianamente perspicaz e ponderado seriam apenas parcialmente merecedoras de protecção, uma vez que em tais decisões ligadas à personalidade não se poderia confiar que o afectado se orientasse por critérios puramente objectivos, o mesmo vale aqui para densificar o que deve ser reconduzido à cobertura¹¹⁶⁹. Assim, vimos que tal deve ser ponderado quando esteja em causa a sujeição a tratamentos invasivos, que impliquem riscos para o paciente – sobretudo, intervenções cirúrgicas –, procedendo aí geralmente a invocação da inexigibilidade subjectiva do tratamento¹¹⁷⁰.

Este vector da proporcionalidade deve iluminar também as situações em que não estejam em causa intervenções médicas arriscadas, mas antes prescrições que impliquem mudanças substanciais no estilo de vida – vg., seguir uma dieta ou deixar de fumar. Também aí se deve admitir que o não cumprimento destas prescrições apenas ponha em causa a cobertura *quando os hábitos em causa representem um risco qualificado para a saúde da pessoa segura* – de outro modo,

¹¹⁶⁶ CHRISTIAN ARMBRÜSTER, *Das Alles-oder-nichts...* cit., p. 15.

¹¹⁶⁷ WOLFGANG RÖMER, "Alles...", cit., p. 260.

¹¹⁶⁸ Também em sede de contribuição do lesado para o dano, a ideia de que se não pode impor a diligência ordinária ao lesado em sede de danos corporais reaparece uma e outra vez – cfr. JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito...I*, cit., p. 524, secundando ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Conculpabilidade...", cit., p. 152, no juízo de que só se deve ter por razoavelmente exigível a sujeição da vítima a uma operação quando esta não for perigosa nem muito dolorosa, houver segura probabilidade de que produza melhoras sensíveis e o responsável adiante o dinheiro a ela necessário.

¹¹⁶⁹ DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., pp. 463-464 e 471-475; DIRK LOOSCHELDERS, *Schuldrecht* cit., p. 354.

¹¹⁷⁰ Além da doutrina e jurisprudência citada a propósito do salvamento, cfr. WOLFGANG VOIT, "§ 82 Abwendung und Minderung des Schadens", *Prölss/Martin Kommentar*, C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 05.04.2011), nm. 15. O critério é, pois, aqui mais brando do que o que tende a valer em sede de culpa do lesado, onde se tende a afirmar que quando, de acordo com o estado da medicina, a intervenção seja simples, sem riscos e não comporte dores particulares, oferecendo pelo contrário perspectivas seguras de cura ou de melhoria significativa, esta é exigível (HARTMUT OETKER, "§ 254 Mitverschulden", *MüKo BGB, II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, §§ 241-432, WOLFGANG KRÜGER (coord.), C. H. Beck, Munique, 2012, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 27.12.2013), nm. 81).

a cobertura poderá sistematicamente ser recusada em relação a um fumador ou a um sujeito com profissão de elevado nível de desgaste, já que tal objectivamente contribuirá sempre para um agravamento de doenças de que este padeça. A mesma directriz deve valer face às representações subjectivas da pessoa segura em matéria da conformação de situações pessoalíssimas: quando determinado tratamento, *objectivamente necessário face à doença*, seja recusado por motivos religiosos, os danos deverão ficar total ou parcialmente retidos na esfera do segurado¹¹⁷¹.

A negligência refere-se, de resto, a uma conduta desconforme. Como tal, a aferição desta apenas se pode reportar à *concreta actuação do sujeito*, e não a circunstâncias que a transcendam. Assim, será em princípio irrelevante o facto de terem ocorrido mais ou menos sinistros no decurso do contrato em causa. Não concordamos, porém, que tal deva ser totalmente irrelevante, quando haja repetição de certas condutas causadoras de resultados danosos: a invocação de que a um sujeito medianamente diligente passaria despercebida a potencialidade danosa da conduta deixa de proceder quando tal potencialidade danosa já foi atestada. Pelos mesmos motivos, a repetição de um facto culposo interfere na graduação da culpa de facto similar que se venha a cometer, podendo levar à afirmação da negligência grosseira¹¹⁷².

dd) O dolo

Actua com dolo quem aja com conhecimento e vontade de provocação do resultado proibido, ou violação da norma de conduta que se lhe dirigia. Ao contrário do que acontece no recorte da negligência, a actuação dolosa assenta exactamente na violação *intencional* de uma norma de conduta que se impunha para protecção dos bens jurídicos ou interesses em causa, ou *no atentado consciente contra estes bens ou interesses*, em função do modo como for recortada a sua protecção. O que pode, sim, acontecer, é que a actuação intencional com conformação face ao resultado proibido pelas normas – dolo eventual – não seja ainda de considerar desviante face ao standard de cuidado pressuposto para transferência do risco¹¹⁷³.

¹¹⁷¹ Para o lugar paralelo a propósito de culpa do lesado, DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., p. 472; HARTMUT OETKER, § 254 *Mitverschulden*, cit., nm. 81.

¹¹⁷² Isto mesmo é reconhecido na doutrina alemã (OLIVER BRAND, "Das Quotelungsprinzip...", cit., p. 74), que considera circunstância agravante a não adopção de medidas de segurança face a um sinistro que ocorreu no passado e pode voltar a ocorrer (*maxime*, danos por condutas de água).

¹¹⁷³ Não têm, por isso, muito sentido as considerações de MICHAEL STATHOPOULOS, "Bemerkungen

No tocante ao respectivo elemento volitivo, o dolo vem tradicionalmente desfibrado em três manifestações diversas, atinentes ao dolo directo, necessário¹¹⁷⁴ e eventual.

Especiais problemas coloca o dolo eventual, pela sua contiguidade face à negligência consciente, de que apenas se distingue pelo elemento volitivo. Na formulação que parece mais probante, correspondente a uma teoria da conformação normativizada, nas hipóteses de dolo eventual, o sujeito deve *ter seriamente entrado em linha de conta com a possibilidade de produção do resultado e, mesmo assim, persistido na sua conduta*¹¹⁷⁵. Nestas teses, o elemento volitivo não se liberta totalmente de considerações probabilísticas – já que a probabilidade do resultado depõe contra ou a favor de tal "tomar a sério" da produção do resultado. Quanto mais objectivamente elevado o risco – sem que se possa perder de vista a capacidade do segurado, numa representação de leigo, o representar –, mais fácil a

zum Verhältnis zwischen Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit im Zivilrecht", in *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23 April 1983*, CLAUS-WILHELM CANARIS/UWE DIEDERICHSEN (coord.), C. H. Beck'sche, Munique, 1983, pp. 631-647, p. 643, quando este fala da possibilidade de haver actuação dolosa sem violação de deveres de cuidado. O autor fala de crimes cometidos com métodos refinados que mantêm sempre a aparência da correcção externa, ou seja, sem que haja a aparência de uma conduta não correcta: esta conduta seria apenas sindicada pelo critério da actuação dolosa aliado a dos bons costumes. Parece-nos deslocada esta noção do cuidado relevante – não se trata aqui de uma noção abstracta de cuidado humano, mas do cuidado que aqui releva: aquele que se impõe para protecção dos bens jurídicos ou interesses em causa. E, se se atenta dolosamente contra tais bens ou interesses, tal cuidado é necessariamente violado, por mais circunspecção que o lesante ou devedor patenteie no processo...

¹¹⁷⁴ As hipóteses de dolo necessário, em que o sujeito se conforma com a produção do resultado lesivo, enquanto consequência reflexa mas necessária da sua conduta, evidenciam uma grande proximidade face ao dolo directo – se o sujeito se conforma com um resultado que tem por inevitável, mostra uma adesão a ele quase tão grande como a atinente a um resultado directamente querido. Esta proximidade é notória nos exemplos de escola, em que se contrapõe a intenção e vontade de matar o guarda do Banco que se quer assaltar, corporizando uma hipótese de homicídio com dolo directo ("estádio intermédio necessário do fim último do agente"), à intenção e vontade de matar os restantes ocupantes do avião onde viaja o sujeito que se pretende matar por explosão de bomba, corporizando múltiplas hipóteses de homicídio com dolo necessário ("consequência necessária, se bem que "lateral" relativamente ao fim da conduta") – assim, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal...I*, cit., pp. 367-368. Num caso, ou noutro, tais crimes de homicídio são apenas condições para o ilícito típico que é efectivamente o móbil da conduta do sujeito; e, num caso, ou noutro, não sendo tais crimes o escopo da actuação do agente, é certo que a sua vontade adere completamente à respectiva comissão. Nesta sede, em que não se associam efeitos práticos a um eventual graduação da intensidade do dolo que pudesse estar associada à distinção, não insistiremos nela.

¹¹⁷⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal...I*, cit., pp. 372 e ss., considerando que assim se supera o psychologismo de uma teoria tradicional da conformação, formulada pela positiva, ou, ao modo de Eduardo Correia, pela negativa (o agente actua não confiando que o facto não se verificará – na sua esteira, na doutrina civilista, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, I, cit., p. 571), que tende a premiar o agente optimista face ao pessimista. Não parece afastar-se muito da tese do penalista português a de CLAUS ROXIN, *Strafrecht...* cit., pp. 468-469 ("[d]as Maß der erkannten Gefahr und der Umstand, ob der Täter von seinem Standpunkt aus einen Anlass hatte, den Erfolg in Kauf zu nehmen, werden dabei die größte Rolle spielen"); na civilística alemã, similarmemente, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 280.

presunção de conformação com o resultado danoso. Tal releva, vg., em sede de seguro de acidentes, face aos casos de exposição ao risco, em que a pessoa segura se expõe consciente e voluntariamente a um risco elevado, como ocorre no caso de desportos especialmente arriscados. Não se retira desses meros factos a presunção da voluntariedade, sendo-se em tal mais exigente: *apenas se deve concluir pela voluntariedade quando, em face do caso concreto, se deva considerar que o risco era tão elevado que não era já credível a alegação da pessoa segura de ter considerado que o conseguiria controlar*¹¹⁷⁶. O mesmo se diga relativamente ao seguro de saúde, face a certos aspectos do estilo de vida da pessoa segura em que esta persista não obstante *tome seriamente em consideração*, face à intensidade do risco e à sua capacidade para a representar, *a possibilidade de causação de doença* – hábitos de grande consumo tabágico, de sobrecarga laboral ou alimentares. É a *interpretação teleológica do contrato de seguro de saúde que leva à cobertura destes riscos e não, de acordo com o critério mais probante, a exclusão do dolo eventual*¹¹⁷⁷. Diferentemente, terá que se dirigir uma censura mais intensa ao sujeito que, no quadro de um problema de saúde específico, tendo já sido – até mais do que uma vez – medicamente advertido para alterar uma determinada prática, e sendo-lhe tal alteração exigível (não assim quando implique, vg., o abandono da ocupação

¹¹⁷⁶ KENT LEVERENZ, "§ 178", cit., pp. 114-115; de resto, tal disposição para o risco deve ser valorada como um indício da voluntariedade, a ponderar juntamente com outros. Chega a conclusões similares (com fundamentação porém menos transparente) FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 102...", cit., p. 2646, considerando que quando a imprudência é extrema ou temerária, esta pode equivaler a provocação intencional da causa da lesão. Mais restritivo, como a doutrina o é em geral em sede de seguro de saúde, WOLFGANG VOIT, § 201, cit., nm. 8, salientando que a prática de desportos perigosos apenas permite concluir pela negligência grosseira e não pelo dolo.

¹¹⁷⁷ Diferentemente, certa doutrina alemã considera, relativamente a condutas como as descritas, em sede de seguro de saúde, que se está antes perante mera negligência grosseira, já que *o segurado espera, com fundamento, que o risco não se concretize* – assim, STEPHAN HÜTT, § 201, cit., nm. 24, 27, face à participação em desportos perigosos ou à deslocação a locais onde grasse uma doença infecciosa. Trata-se, como vimos de dizer em nota, de critério que, no seu psicologismo – o autor não especifica em que circunstâncias haverá fundamento para tal expectativa –, não se pode aceitar: decisivo é saber se, perante as circunstâncias objectivas – face à *intensidade dos hábitos em causa e às representações da pessoa segura* –, o risco era ou não de tomar a sério. Pelo contrário, Hütt (nm. 28) só admite a existência de dolo eventual quando tiver havido ordem médica expressa, nos quadros do tratamento de determinada doença, para que o sujeito deixe de fumar, tendo este conhecimento da danosidade de tal hábito. Parece-nos uma visão de base demasiado restritiva, face à actualmente massiva difusão de informação sobre riscos associados ao consumo de tabaco – nos quadros aliás da restrição legal ao seu consumo – e a outros elementos do estilo de vida dos sujeitos, bem como dos hábitos de monitorização do próprio estado de saúde, com ênfase na auto-monitorização, através da internet, mas também na presença de várias instâncias de informação e sensibilização no dia-a-dia (vg., em sede da frequência de um ginásio ou de uma consulta de rotina). À questão da presença de dolo eventual apenas se poderá, pois, responder em concreto. Para efeitos da inclusão de tais condutas na cobertura, a interpretação teleológica do contrato parece constituir uma metodologia mais correcta.

profissional do sujeito), naquela persista. De um modo translativo, podemos dizer que nos movemos já entre o dolo eventual e os quadros do dolo necessário – não querendo o segurado directamente o resultado em causa, sabe que ele é consequência praticamente certa da sua conduta¹¹⁷⁸. A conduta assim caracterizada estará já à partida fora do arco do risco transferido.

Por outro lado, o elemento intelectual do dolo coloca-nos perante a questão do relevo do erro. O dolo é excluído pelo erro de facto: para haver dolo é necessária a representação das circunstâncias que tornam o acto contrário a uma exigência de conduta e excluem uma causa justificativa¹¹⁷⁹. Face ao erro de direito *exige-se também predominantemente a representação da contrariedade ao dever para que se possa afirmar o carácter doloso da conduta, salvo quando a falta de tal tiver carácter ofensivo dos bons costumes*¹¹⁸⁰. Tal exige a representação da existência da norma de conduta – não no seu rigor técnico, mas de um modo aproximado, ao modo de uma valoração paralela na esfera do leigo. O erro sobre a contrariedade à norma de conduta tem relevância mesmo face às exigências de conduta recortadas por lei – o sujeito pode encontrar-se em erro não só quanto ao alcance de tal exigência de conduta, como desde logo face à sua existência. Nestes casos, o erro poderá indicar negligência, mesmo grosseira, no incumprimento¹¹⁸¹. De resto, presume-se o conhecimento quando se trate de exigências de conduta impostas por outras normas legais – vg., não abandonar o sujeito sinistrado na sequência da causação do acidente de viação, ou não conduzir com taxa de alcoolémia superior à legal –¹¹⁸² ou mesmo que se possam dizer correspondentes a concepções assentes na comunidade jurídica – como se entende ser o caso relativamente à mitigação do dano¹¹⁸³. Em paralelo face às normas gerais, parece também de vedar a invocação

¹¹⁷⁸ Assim, no caso julgado pelo ac. do OLG de Hamburgo de 16 de Novembro de 1979, 1 U 46/79, considerou-se exonerado o segurador quando o segurado, que padecia de obesidade, depois de duas vezes sujeito a internamento para o respectivo tratamento e apesar de incisiva advertência médica para alterar os seus hábitos alimentares, os não altera.

¹¹⁷⁹ JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Relatório...*, cit., p. 32.

¹¹⁸⁰ JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Relatório...*, cit., p. 32: de outro modo, premiar-se-ia "uma consciência particularmente embotada para os valores da vida em sociedade". KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 280-281, salientando que assim é actualmente dominante a recusa da importação da teoria da culpa finalista para o Direito civil, a qual levaria à afirmação do dolo mesmo em caso de falta de consciência do ilícito, levando a valoração dessa falta apenas para a sede da culpa.

¹¹⁸¹ DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 60-62.

¹¹⁸² MANFRED WANDT, *VVG § 28*, cit., p. 219.

¹¹⁸³ DIRK LOOSCHELDERS, "VVG § 82. Abwendung und Minderung des Schadens", *MüKo VVG, I*,

do erro excludente do dolo quando este se revelar especialmente censurável face às normas gerais – o que procederia face aos dois exemplos anteriores, pensada, quanto ao segundo deles, uma taxa de alcoolémia sensivelmente superior à legal. O contrário levaria, de resto, a um resultado desequilibrado em termos de distribuição do risco contratual.

Outro problema saliente nesta sede é o do *referente da intencionalidade* – i.e., o de saber que factos devem ser representados e queridos pelo causador para que a causação se possa dizer dolosa para estes efeitos. Vimos já que, para efeitos de dolo simples, não é necessário que o sujeito actue com o propósito de obter uma vantagem. E que, para efeitos do regime da causação dolosa, vimos também que não é necessário que o sujeito conheça a existência do seguro para que o seu comportamento releve. O referente do *dolo concretiza-se em relação à norma em causa: em face da causação do sinistro, deve dirigir-se à sua produção; em face dos deveres de informação, ao não cumprimento ou cumprimento defeituoso de tal exigência de conduta; do mesmo modo, em face do salvamento, ao não cumprimento ou cumprimento defeituoso das medidas razoáveis para prevenir ou mitigar o dano.*

Face ao regime da causação, não basta, portanto, que na base do evento esteja um acto voluntário, se tal vontade não se dirigiu à prática do evento que corporiza o sinistro¹¹⁸⁴. Vimos isso mesmo a propósito do seguro de acidentes pessoais, distinguindo a voluntariedade subjacente ao evento da voluntariedade subjacente à lesão; já no caso do seguro de saúde, o único referente com sentido é a alteração do estado de saúde inerente à busca de cuidados de saúde. Não se exige já que o sujeito represente o sinistro nos termos exactos em que este venha a ocorrer,

THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 26.02.2011), nm. 59.

¹¹⁸⁴ Tal implica, na opinião de BERNARD DUBUISSON, "La faute...", cit., p. 14586(7), que, quando o sinistro seja consequência directa de actos não dolosos que sejam, por sua vez, consequência de actos dolosos e mesmo ilícitos, o sinistro será à partida coberto. É o caso, usando os exemplos caricatos dados pelo autor, do assaltante que, na tentativa de assaltar a casa, lhe pega fogo acidentalmente, accionando o seu segurador de responsabilidade civil para efeitos de reparação dos danos causados. Embora o autor considere que este dano está à partida coberto à luz das disposições do Direito dos seguros, admite que o princípio *fraus omnia corrumpit*, que considera vedar que o faltoso tire partido da sua própria falta, possa ser invocado. Temos dúvidas, porém, de que a ordem pública possa compactuar com tal cobertura. Como é o caso do seguro de assistência jurídica que cubra gastos com defesa em processo penal – outra visão não seria compatível com a presunção de inocência e o direito a um processo justo.

ou a extensão dos seus danos concretos¹¹⁸⁵.

Não são exigidos ulteriores elementos subjectivos do dolo – salvo, no tocante ao regime da comunicação dos agravamentos do risco, onde, como vimos, a *ocorrência de dolo com o propósito de obter uma vantagem* dispensa o requisito do dano¹¹⁸⁶. Colocam-se, pois, problemas de delimitação desta forma agravada de dolo, e tanto mais quanto se está aqui decididamente no plano das consequências punitivo-repressivas, que por via de princípio representam um corpo estranho no Direito civil¹¹⁸⁷. Nesta sede, parece-nos útil a análise que KOLBE desenvolve para a contraposição entre o conceito de "Arglist" e o de "Vorsatz"¹¹⁸⁸. Apesar de a nossa lei, ao contrário da alemã, densificar o elemento subjectivo ulteriormente relevante, a teleologia subjacente aos preceitos levará a conclusões semelhantes.

Para distinguir entre este dolo agravado e o comum, há que procurar aqui o fundamento de uma censurabilidade agravada. Este não poderia ser encontrado numa mera referência maliciosa, sob pena de se resvalar para um Direito civil de intenções, mais censurável ainda do que um Direito penal do agente rejeitado pelo

¹¹⁸⁵ É esta a orientação da jurisprudência superior belga, mesmo depois de a mesma se ter visto forçada a corrigir o entendimento de resto demasiado amplo que mantinha a propósito da causação intencional. Em 2000, a Cour de Cassation pronunciou-se no sentido de que um sinistro seria intencional desde que o segurado tivesse *voluntária e conscientemente adoptado um comportamento que causasse a outrem um dano razoavelmente previsível*, não sendo necessário que o segurado tivesse tido intenção de causar o dano tal como este se tinha produzido. Estava em causa um manifestante que, para romper um cordão policial, empurra um dos agentes, que cai no chão e se fere. A Cassação revogou o acórdão recorrido considerando, conforme a formulação em texto, que tinha havido causação intencional. Esta jurisprudência foi confirmada num segundo acórdão da Cassação, de 12 de Abril de 2002 – face a um pequeno desacato entre vizinhos, em que um sujeito idoso desferiu uma vassourada na sua vizinha, o marido desta indignou-se e veio empurrar aquele, que caiu e se feriu. Aqui, a Cassação rejeitou o recurso que pedia a não qualificação do sinistro como dolosamente causado. A doutrina – cfr. MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., pp. 266-267 e BERNARD DUBUISSON, "La faute...", cit., p. 14586(3), onde colhemos a referência – foi muito crítica a este respeito, considerando que, neste recorte, *apenas se exigia que o comportamento fosse faltoso e deliberado, mas não já que o dano fosse intencional* – o que tornaria a conduta dolosa indistinta da grosseiramente negligente (menos crítico, BERNARD DUBUISSON, "La faute...", cit., pp. 14586(3)-14586(4), com argumentos atinentes ao teor da formulação da Cassação, que se tinha referido à actuação "volontairement et sciemment", em lugar de "librement et consciemment" – o que o autor considera patentear que se quis referir os elementos intelectual e volitivo do dolo (atinentes a um "*sciens et volens aut accipiens*") e não a um mero pressuposto de tal actuação, atinente ao estágio da imputabilidade). Assim, a *Cour de Cassation* viria a modificar a sua jurisprudência pelo ac. de 24 de Abril de 2009, passando a afirmar que se estava perante um sinistro intencional quando o segurado *tivesse consciente e voluntariamente causado um dano*, reafirmando-se que *não era necessário que o segurado tivesse tido intenção de causar o dano tal como este se tinha produzido*.

¹¹⁸⁶ Rejeitando que esse elemento subjectivo ulterior relevasse face ao regime da causação do sinistro, ANTIGONO DONATI, *Trattato...II*, cit., pp. 131-132; em Portugal, a sua doutrina foi seguida por JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., p. 102.

¹¹⁸⁷ HANNES UNBERATH, "Die Leistungsfreiheit...", cit., pp. 540-541, assinalando a orientação do Direito civil para a justiça comutativa.

¹¹⁸⁸ SEBASTIAN KOLBE, "Vorsatz und Arglist", *JZ*, 11, 2009, pp. 550-557, pp. 552-553.

princípio do Estado de Direito. Assim, um tal estado subjectivo agravado só se poderia tornar juridicamente relevante quando ameaçasse perturbar bens jurídicos ou interesses protegidos de outrem. Para o densificar, de nada servia a referência a uma forma intensiva de dolo – na linha da gradação do dolo eventual ao directo –, já que a referência ao dolo simples abarcaria logo todas elas. Probante seria apenas a referência a uma forma extensivamente agravada de dolo – devendo, pois, exigir-se que o dolo se referisse a mais do que à mera violação do dever. A sanção só vale *quando o tomador saiba ou pelo menos devesse razoavelmente ter em consideração que lhe poderia ser, por força das informações de que dispõe, indevidamente garantida cobertura, com dano para o segurador*. Segundo o autor, face ao escopo preventivo do regime, a perda da prestação independentemente de causalidade justifica-se quando o segurado quisesse prejudicar a mutualidade.

Diferentemente, permanece em aberto a prova exoneratória da causalidade quando o segurado tivesse razões para crer, mesmo com negligência grosseira, que da violação dos deveres de informação não viria dano ao segurador (assim, vg., se omite um dano prévio no veículo sinistrado porque está convencido de que este não trará prejuízo ao segurador, que terá de qualquer modo que substituir a peça danificada). De resto, não se trata aqui da prova de uma intenção específica de enriquecimento, que tivesse que ser densificada ao modo penal – e por isso o autor prefere não usar o termo "fraude" ("Betrug") a este respeito. O dolo vem referido a mais do que a violação da exigência de conduta: à ocorrência de um dano, conquanto este não tenha que ser representado nos seus pormenores – *hoc sensu*, na sua extensão –: não é relevante que o segurado possa prever os custos da sua conduta; basta que tome razoavelmente em consideração que ela pudesse levar a que lhe fosse indevidamente garantida cobertura.

A propósito da exigência de dolo qualificado, o RJCS corrobora que se trata de uma agravação extensiva do dolo. O referente seria, porém, o da obtenção de uma vantagem, e não o da causação de um prejuízo. Não parece, porém, que o primeiro seja, para além das hipóteses em que se confunde este último, um referente curial para fazer distinguir hipóteses de dolo qualificado face a hipóteses de simples dolo. Não se desconhece que há violações dolosas dos deveres de informar que se norteiam pelo intuito de obter uma vantagem que não redunde num prejuízo para o segurador; basta que a vantagem intendida seja não patrimonial para que não haja

coincidência – pense-se na omissão de uma informação por pudor, ou na sua omissão com o intuito apenas de apressar a regularização do sinistro, crendo-se que tal não vai agravar o dever de prestar do segurador.

O que não procede já é que nessas hipóteses de violação dolosa do dever de informar em busca de uma vantagem que não passe pelo prejuízo do segurador se queira ver mais do que dolo simples, para estes efeitos. De outro modo, não se vê que espaço restaria para o dolo simples, já que sempre haverá alguma motivação para a violação da exigência de conduta; e, no plano teleológico, não se vê porque, neste âmbito onde a prestação de informação tutela apenas interesses patrimoniais do segurador, e não um espaço de decisão autónomo¹¹⁸⁹, houvesse de merecer uma censura agravada a conduta não votada ao seu prejuízo patrimonial¹¹⁹⁰.

Como tal, deve aqui exigir-se um dolo reportado não só à violação da exigência de conduta, como também à causação de um prejuízo patrimonial ao segurador. Tal concretiza-se, face ao incumprimento do dever de comunicar o agravamento, na intenção de *manter indevidamente a cobertura pelo preço actual*. Descortinam-se também aqui hipóteses de coexistência de dolo quanto à violação da exigência de conduta com negligência grosseira quanto à causação do prejuízo, quando o segurado delibera não comunicar o agravamento do risco porque crê que tal risco permanecerá coberto pelo mesmo prémio.

C. Causação e dano

a. Causação

Trataremos aqui duas questões no seu recorte não coincidentes. Por um lado, trataremos da imputação causal do resultado "sinistro", quer à actuação do sujeito, para efeitos do regime da causação voluntária do sinistro, quer ao agravamento do risco ocorrido, para efeitos do respectivo regime, podendo ou não tal agravamento imputar-se a actuação humana. Por outro, trataremos da delimitação dos danos imputáveis à violação de *Obliegenheiten*, e veremos em que medida tal coincide ou

¹¹⁸⁹ SEBASTIAN KOLBE, "Vorsatz...", cit., pp. 552-553.

¹¹⁹⁰ Concluindo no mesmo sentido, PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, "Comentários complementares ao art. 24.º", in *LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 148-155, p. 152; o autor dá, porém, na argumentação, um papel relativamente cimeiro ao argumento histórico da interpretação da lei – a referência à intenção de avantajamento teria vindo apenas substituir o conceito de "fraude" antes empregado no preceito por uma expressão mais descritiva –, o que não acompanhamos já.

não com a determinação da consequência jurídica prevista para tais efeitos.

Tal remete-nos logo à partida para a distinção entre uma causalidade fundamentadora da responsabilidade e uma causalidade atinente ao preenchimento desta. Sendo controvertido o seu valor dogmático¹¹⁹¹ – mais ainda, na esfera contratual –, esta bipartição apenas encontra aqui limitado préstimo.

Assim, a causalidade que se poderia dizer fundamentadora da responsabilidade entre uma *conduta do segurado e a produção do resultado relevante* apenas poderia ter relevo autónomo face ao regime da causação do sinistro, onde *a imputação de tal resultado à conduta do segurado é exactamente o eixo da previsão legal*¹¹⁹². Mesmo aqui, porém, o paralelo tem que ser entendido *cum grano salis*, já que, se aquele resultado é em muitas hipóteses reprovado pela ordem jurídica, fomos já observando que a consequência da exclusão do risco por causação dolosa não tem que vir sempre associada a tal censura, podendo antes decorrer de uma alocação justa do risco – basta pensar nas hipóteses, há pouco referidas, da valoração da conduta do segurado que não tem conhecimento do contrato. De resto, uma vez que *este resultado só logra afectar o segurador por força da constituição ou alargamento do dever de prestar que sobre ele impende*, este logra ser retirado *ex ante* da esfera do segurador por força do mecanismo da exclusão do risco.

O regime que impõe a comunicação dos agravamentos do risco requer também, para que se possam retirar consequências do respectivo incumprimento, a imputação causal do sinistro, ou da extensão das suas consequências, *ao factor de*

¹¹⁹¹ Assim, HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Schadenersatz*, cit., p. 78. A distinção surge já em FRIEDRICH MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, II, Zum Lehre von dem Interesse*, Schmetschke und Sohn, Braunschweig, 1855, esp. p. 139; mais claramente e mais próximo da terminologia hoje em curso, LUDWIG TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des B.G.B.*, Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, Marburgo, 1929, pp. 189-191, contrapondo a "Haftungsbe gründende Kausalität" aos seus demais efeitos; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, II*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 925, em nota, dá-nos nota de que a distinção de vulgarizou com Lindenmaier, a partir da segunda metade do séc. XX. Quanto às respectivas consequências práticas, veja-se quanto dizemos à frente, em texto.

¹¹⁹² WOLFGANG FIKENTSCHER/ANDREAS HEINEMANN, *Schuldrecht*, cit., p. 296, dão, porém, como exemplo da relevância desta responsabilidade fundamentadora, o caso da omissão de um dever de comunicação, reportando tal lesão ao resultado do "desconhecimento pelo destinatário". Tal implicaria, porém, para que pudéssemos estar perante uma mobilização dos conceitos funcionalmente idêntica, que as consequências elencadas em relação ao dano-lesão procedessem não em relação à norma de conduta, mas em relação a tal resultado – o que, pensada logo por exemplo a questão da referência da culpa, parece sistematicamente desadequado (passaria então a referir-se a culpa não a uma exigência de conduta colocada sobre o próprio, mas sim a um estado subjectivo de outrem).

que tiver resultado tal agravamento. Todavia, nesta sede não terá sequer de estar em causa uma conduta humana agravadora do risco para se preencha a hipótese; e, mesmo quando esta esteja em causa, esta não é considerada em si contrária ao contrato, apenas influenciando a alocação do risco agravado. Como tal, pouco sentido faz aludir nesta sede a uma causalidade de fundamentação "da responsabilidade".

Por sua vez, as hipóteses legais atinentes ao dever de salvamento e ao dever de comunicação do sinistro apenas têm em consideração a adopção de uma conduta por parte de um onerado – *conduta directamente valorada como contrária à norma*, e cujas consequências danosas se reflectirão, isso sim, na extensão do remédio posto ao dispor do segurador. Com efeito, nestes casos, a norma *não valora autonomamente um evento lesivo* distinto tanto da conduta reprovada, como dos danos por ela causados, não havendo que estabelecer uma relação causal entre uma conduta e uma *primeira violação*¹¹⁹³. Nestes últimos casos apenas relevaria, pois, para efeitos da dicotomia em causa, a causalidade de preenchimento da responsabilidade, determinando a extensão da consequência jurídica aplicável (o regime da comunicação do agravamento do risco goza, nesta matéria, como vimos, de especificidade, sendo os danos estabelecidos através de um método presuntivo). Tal não implica, porém, que se possa prescindir da análise e conexão entre outros elos da cadeia causal, para além do facto inicial e dos resultados danosos finais. Sendo quase da índole da pura evidência, esta questão não deve deixar de ser salientada, em vista da causalidade entre a violação de deveres de informação e os danos por ela desencadeados. Com efeito, entre uma e outros nem sempre se encontra uma lesão autónoma de um espaço de deliberação autonomamente protegido; mas encontra-se, sim, o elo da *decisão afectada por tal deficiência informativa* – que, sendo elo decisivo para afirmar e delimitar os danos tidos por relevantes, coloca problemas delicados de recorte e de prova. No que novamente a dicotomia mostra o seu limitado préstimo para acompanhar as operações de

¹¹⁹³ Assim, numa hipótese que preveja apenas uma norma de conduta não releva a "haftungsbegründende Kausalität", já que a adopção de uma acção contrária à norma funda desde logo o ilícito e a responsabilidade. Só é, como tal, pensável aqui o relevo da causalidade de fundamentação da lesão caso a violação do dever seja ligada à produção de um resultado ou combinada com um resultado autónomo. Diferentemente, nas hipóteses de intervenção (Eingriffstatbestände) num bem jurídico alheio, mostra-se incontornável a referência à causalidade de fundamentação. Assim, por exemplo, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 432, ou HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Schadenersatz*, cit., pp. 77-78.

estabelecimento da causalidade aqui necessárias.

Com as devidas cautelas, podemos aproximar a distinção entre causalidade de fundamentação e causalidade de preenchimento, da distinção entre causalidade relativa à *própria produção do sinistro* e causalidade relativa ao *agravamento das suas consequências* ou, no caso dos deveres de informação pós-sinistro, aferida face à *perturbação do apuramento da ocorrência ou extensão do sinistro*. O sinistro, enquanto evento "lesivo" que se aparta da conduta desviante ou da plêiade das suas consequências, fornece o referente de sentido do agravamento do risco (face ao qual, porém, nunca se pode falar de responsabilidade), do regime da causação dolosa, bem como, para lá da esquadria legal, das exigências de conduta contratuais ligadas à prevenção daquele evento. Tal causalidade fundamentadora não releva já nas demais hipóteses. O relevo das situações de *concausalidade* é diferente num conjunto e noutra¹¹⁹⁴: nas situações de concausalidade relativa ao evento-sinistro, a actuação do segurado (ou o factor agravante do risco) é uma causa em concurso efectivo com outras, levando o feixe causal assim entretecido a um resultado unitário – *hoc sensu*, indivisível –; nos demais casos, deparamo-nos geralmente com um resultado divisível, sendo então possível imputar segmentos deste a diferentes contributos causais.

Acresce a possibilidade de, fazendo esta distinção, se lograr, entre o núcleo de hipóteses de referência à causação do sinistro-evento, com mais facilidade mobilizar contributos da teoria geral da imputação, quando proceda a analogia, sobretudo face à configuração das duas primeiras modalidades de responsabilidade aquiliana¹¹⁹⁵.

¹¹⁹⁴ Salientando o relevo desta distinção, JÜRGEN PRÖLSS, "Das versicherungsrechtliche Alles-oder-nichts-Prinzip in der Reformdiskussion – Allgemeine Überlegungen zum Zwischenbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 30.5.2002", *VersR*, 16, 2003, pp. 669-675, p. 669: é relativamente a estas primeiras hipóteses que falamos de concausalidade, que equivale a causalidade por inteiro.

¹¹⁹⁵ Uma das manifestações do relevo prático de tal distinção é a sua associação ao funcionamento de um sistema como o nosso de responsabilidade civil extracontratual, em que os danos não relevam em si, mas apenas quando decorrerem de uma das hipóteses de responsabilidade legalmente previstas (cfr. PAULO MOTA PINTO, *Interesse...I*, cit., p. 640, em nota, e PAULO MOTA PINTO, *Interesse..., II*, cit., p. 929, que aqui acompanhamos de perto). É, pois conatural ao accionamento da previsão da primeira forma de responsabilidade a afirmação de um nexos entre a conduta e a primeira lesão, relevando tal nexos ainda sempre que se trate de preencher uma previsão legal que dê relevo à produção de um resultado lesivo (já não quando se valore imediatamente uma conduta contrária à norma, como ocorre à face do abuso do direito por violação dos bons costumes – DIRK LOOSCHELDERS, *Schuldrecht* cit., p. 306). Associa-se à distinção também um outro efeito prático de relevo, no tocante ao funcionamento da teoria do escopo de protecção face às hipóteses de responsabilidade extracontratual: é que, enquanto que, no aferimento da causalidade fundamentadora, se partiria de um fim de protecção específico – o previsto na específica disposição de protecção, ou o correspondente a um dever do tráfico, que não deveria ser mais latamente

Assim, se a culpa se refere, como vimos, ao sinistro-evento em sede de causação dolosa, referir-se-á já apenas à exigência de conduta violada quando estivermos perante deveres preventivos contratuais; e, em sede de imputação objectiva, o critério do escopo de protecção terá naturalmente um relevo acrescido nestes últimos casos.

A violação do dever de comunicação de agravamentos do risco corresponde, nesta sede, a uma mecânica própria – presume-se que o segurador teria exercido com sucesso o direito a propor uma modificação contratual, sendo a medida do dano (o preenchimento da responsabilidade) dado por referência às suas práticas tarifárias.

aa) A causação para fundamentação da cobertura

Estas questões apartam-se daquelas questões de causalidade importantes no Direito dos seguros e que são atinentes a saber se *um determinado evento se encontra, atenta a respectiva causa, incluído na cobertura, sendo apto a accionar o*

interpretado do que o primeiro, para não introduzir discrepâncias entre as hipóteses de responsabilidade –, já face à causalidade de preenchimento da responsabilidade se poderia legitimamente partir de um fim de protecção amplo, incluindo mesmo danos não adequados, quando a norma em causa o impusesse (cfr. JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Relatório...*, cit., pp. 44-45, reportando-se à análise de KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., pp. 445-446, relativamente aos danos causados em sede de responsabilidade objectiva e, em especial, aos danos imprevisíveis no contexto de vacinação – em que o autor considera que, se não se compreendia que fosse imposta a vacinação que tivesse por causa adequada um resultado mortal, tão-pouco se compreendia que, ocorrendo este, não fosse ele imputado ao agente). Um outro ganho prático comunmente apontado à distinção é o de identificar o objecto de referência da culpa do lesante – esta apenas teria que se reportar à primeira lesão, correndo a partir daí o risco pelas suas consequências por conta do lesante/incumpridor – cfr. LUDWIG TRAEGER, *Der Kausalbegriff...* cit., pp. 189-191; KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 432; HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Schadenersatz*, cit., p. 68, referindo-se porém a um dano-lesão oposto aos danos consequenciais. Foi esta estrutura que vimos no ponto anterior, demarcando a referência da culpa em face do regime da causação do sinistro relativamente à sua referência nos demais casos de violação de *Obliegenheiten*. Não se aplica, por último, na nossa ordem jurídica uma distinção semelhante à que se invoca na esfera alemã relativamente à necessidade de produção de prova – § 286 do Código de Processo Civil, que se entende valer para a fundamentação da responsabilidade – e a possibilidade de decisão do tribunal sobre o dano, independentemente de se fazer prova nesse sentido – § 287, que se entende valer para a causalidade preenchedora da responsabilidade – (PAULO MOTA PINTO, *Interesse...*, II, cit., pp. 925-926).

Perante estes dados, e para lá do que dizemos em texto, a distinção não parece trazer-nos muito mais. Face às hipóteses de relevo do sinistro enquanto dano-evento, não se trata, face ao RJCS, de demarcar a extensão de um dano consequencial a suportar pelo segurado, já que as consequências do sinistro *dolosamente causado correm por inteiro por conta dele*. Acresce que nada depõe nesta sede a favor da adopção de critério diverso de causalidade num caso e noutro, facilitando a imputação dos danos consequenciais face à primeira lesão – desde logo, porque estes encadeamentos não se colocam; depois, porque, numa hipótese, ou noutra, o dano traduz-se no agravamento da posição devedora da contraparte, ou de despesas por ela suportadas, não se colocando aqui problemas face ao carácter remoto das consequências da conduta.

*dever de prestar do segurador*¹¹⁹⁶. Tal implica, desde logo, um raciocínio de imputação do efeito em questão a uma causa compreendida na circunferência do risco primário; e poderá implicar – na medida em que, respectivamente, o segurador ou o segurado disso façam prova – juízos ulteriores de imputação do efeito em questão afinal a uma causa mais estreitamente definida que o exclua da cobertura, ou, num terceiro nível, a uma causa mais específica ainda que afinal o reinclua¹¹⁹⁷. Trata-se aqui de saber *se determinado acontecimento, descrito pela forma de causação, determina o dever principal de prestação do segurador* – e não de uma situação de imputação de um dano a um comportamento constitutivo do dever de reparar¹¹⁹⁸, ou que de todo o modo se pautar pela imputação das consequências da violação de uma norma de conduta à esfera do agente. O mesmo se diga quanto ao apuramento do *preenchimento dos pressupostos de uma cláusula de exclusão do risco*: haverá que saber se o sinistro foi ou não decorrência de determinada causa. Até aqui, pois, indagaremos da causalidade relativa ao sinistro. Num segundo passo, tratando-se seguros de danos, haverá que apurar quais as consequências do evento seguro que deverão ficar a cargo do segurador¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁶ Conquanto, em qualquer caso, se trate latamente da atribuição jurídica do resultado a uma actuação humana ou a um estado de coisas – ANTONY HONORÉ, "Causation in the law", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Universidade de Stanford, 2010, disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/causation-law/> (consultado pela última vez a 02.05.2014), ponto 1, falando a este propósito de uma função atributiva da causação a uma entidade ou estado de coisas, e ilustrando a hipótese exactamente por referência aos eventos naturais que desencadeiem o dever de prestar do segurador.

¹¹⁹⁷ Apesar da diferença de constelações, já por aqui se vê a elasticidade do aferimento da causalidade, cuja resposta positiva ou negativa depende em grande medida do modo como se formule a correlata pergunta – cfr. HERMANN WEITNAUER, "Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, Versuch einer Ehrenrettung", in *Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts, Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Otfinger*, MAX KELLER (coord.), Schulthess & Co., Zúrique, 1969, pp. 321-346, sobretudo pp. 334-337, acentuando o quão dependente tal afirmação está da maior ou menor generalidade (*hoc sensu, extensio*) com que se descreva o conjunto de casos a que é reconduzível o evento causador, bem como o resultado em causa.

¹¹⁹⁸ Já assim, claramente, por exemplo, VICTOR EHRENBERG, *Versicherungsrecht*, cit., p. 425; ou ainda HERMANN WEITNAUER, "Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, Versuch einer Ehrenrettung", cit., p. 325, em nota, referindo-se à causalidade relevante para efeitos do § 49 da anterior VVG, tratada por Möller na anotação que acompanharemos também em texto. Recentemente, assenta aí a análise CHRISTIAN ARMBRÜSTER, "Folgenzurechnung im Privatversicherungsrecht", in *Karlsruher Forum 2007: Folgenzurechnung im Schadenersatzrecht: Gründe und Grenzen*, EGON LORENZ (coord.), VVW, Karlsruhe, 2008, pp. 89-111, pp. 92 e ss.

¹¹⁹⁹ Estaria, pois, novamente próxima a referência daquele primeiro passo a uma "haftungsbegründende Kausalität", enquanto nexos causal entre determinada conduta e determinado resultado, necessária ao preenchimento do próprio *Tatbestand* da responsabilidade, e do segundo passo referido a uma "haftungsausfüllende Kausalität", enquanto nexos causal entre tal resultado e as suas consequências danosas. Num primeiro passo teríamos a produção de um evento potencialmente accionador de uma obrigação – e num segundo o apuramento das consequências desse evento que determinam o conteúdo de tal obrigação. Encontramos, na verdade, não raramente, na doutrina seguradora, o nexos entre certa causa de produção do sinistro e este mesmo evento designados como

É bom de ver, porém, onde esta matéria toca o tema que focamos: desde logo, em face do regime da causação dolosa do sinistro, onde se *valora um comportamento do segurado contrário a uma exigência de conduta para efeitos de preenchimento de uma exclusão de cobertura*. Por outro lado, na valoração da causalidade entre o agravamento do risco verificado e a ocorrência do sinistro ou as suas consequências, para efeitos do accionamento do regime da perda ou redução da prestação (art. 94.º). Vejamos, pois, mais de perto os critérios que densificam tal imputação causal geral do evento à cobertura, para que a possamos pôr em diálogo com os critérios mobilizados quanto à questão da causação voluntária do sinistro.

Encontramo-nos aqui no domínio da *configuração contratual de deveres principais de prestação* – pelo que, mesmo quanto ao recorte do critério de causação, o protagonismo terá que ser dado ao contrato¹²⁰⁰. Este poderá usar de critérios de imputação causal especiais – coisa diversa, e logicamente posterior, será a da fiscalização deste recorte para efeitos de transparência e não desfiguração do contrato. Encontram-se, assim, nos clausulados contratuais, critérios como o da "causa prevalecente", ou do "efeito imediato", ou – em face dos seguros de responsabilidade, já não dos seguros de coisas – da exclusão da cobertura de danos ulteriores¹²⁰¹.

"haftungsbegründende Kausalität" – assim, *supra*, em sede de seguro de acidentes; em geral, por exemplo, HANS MÖLLER, "§ 49", cit., p. 145, considerando que, na determinação do dever de prestar do segurador, tudo são problemas de "Haftungsbegründung" e que seria desaconselhável falar aqui do "preenchimento da responsabilidade". Esta diferença surge relativamente artificiosa, na verdade, perante o facto de o sinistro ser a valoração jurídica de um processo de produção de danos reais, correspondendo as suas consequências a esses mesmos danos reais em que se exprime. Este binómio surgiu para os quadros da responsabilidade civil – onde, como vimos, tem, de todo o modo, valor dogmático controvertido. O valor que tal distinção possa ter nesta sede de determinação do dever principal de prestar do segurador não poderá, pois, prestar mais do que um certo amparo na construção das duas cadeias de causalidade que relevarão quando o sinistro se reporte à produção de determinado resultado por força de determinadas causas – como ocorre em face do seguro de acidentes, na relação causal entre o acidente e a morte ou lesão na integridade física – e, depois de apurado este primeiro nexo de causalidade, haja ainda que determinar um segundo, unindo tal resultado e os danos por ele concretamente provocados, para determinar o conteúdo do dever de prestar do segurador (veja-se ainda as considerações tecidas por HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Schadenersatz*, cit., p. 68, quando dizem que, no caso de danos primários que continuamente se dilatam, se torna difícil uma distinção entre estes e os danos consequentes).

¹²⁰⁰ Cfr., LUDWIG TRAEGER, *Der Kausalbegriff...* cit., p. 190, salientando que nos casos em que o dever de reparar o dano brota da autonomia privada, deve o critério da causalidade ser em primeira linha concretizado por referência à intenção das partes, só em caso de dúvida se recorrendo ao critério geral (pese embora o autor pareça não distinguir cabalmente entre um dever de indemnizar propriamente dito e um dever principal de prestação); no Direito dos seguros, inequivocamente, CHRISTIAN ARMBRÜSTER, "Folgenzurechnung...", cit., pp. 92-96; JÜRGEN PRÖLSS, § 1, cit., nm. 113: "Um haftungsrechtliche – dem obj. Recht zu entnehmende – Zurechnungskategorien geht es bei alledem nicht, sondern einzig und allein um die Auslegung des VersVertrages"; vd. ainda HANS MÖLLER, "§ 49", cit., pp. 148-149.

¹²⁰¹ HELMUT KOLLHOSSER, "§ 49", cit., pp. 489-490; CHRISTIAN ARMBRÜSTER,

Não havendo critérios de imputação causal especiais, haverá que mobilizar procedimentos de índole mais geral. Ora, e há que notar que se trata aqui *de determinar, em atenção aos factos, o vencimento e conteúdo do dever principal e mesmo característico de prestação*. Se tal impõe um juízo de imputação causal de certos resultados a uma causa reentrante no círculo do risco coberto, ou dele excluída, impõe-no em atenção à concretização daquele que é o cerne do contrato. Pelo que a disquisição da causalidade *não tem aqui o sentido de procura de um critério geral de imputação jurídica de efeitos ao sujeito responsável por determinada actuação*, mas sim o da *protecção da confiança em determinado conteúdo normativo fundado num contrato*. Como tal, se não se pode dispensar um ponto de *partida factual*, de estabelecimento de uma causalidade – quando não apodíctica, ao menos plausível – segundo o critério da *condictio sine qua non*¹²⁰², haverá depois que o valorar normativamente, tendo em atenção que não se está perante a adjudicação de uma responsabilidade, ou a orientação das condutas face a esta possibilidade, mas sim face *a um negócio jurídico*¹²⁰³. Assim, *no plano da*

"Folgenzurechnung...", cit., p. 94.

¹²⁰² HANS MÖLLER, "§ 49", cit., pp. 149-150; MARTIN SCHAUER, "Vorbemerkungen zu §§ 49-68a", in BK, HEINRICH HONSELL (coord.), Springer, Berlim/Heidelberga/Nova Iorque, 1999, pp. 795-844, p. 807. É sabido ser este critério destituído, em si, de valia para fornecer um conceito científico ou filosófico de "causa"; o seu sentido e relevância são, sim, jurídicos, surgindo para recortar ou primeira fronteira da imputação causal, em sede de responsabilidade civil, perante uma intenção de não responsabilização por factos *prima facie* atinentes ao domínio do inevitável (PAULO MOTA PINTO, *Interesse...I*, cit., pp. 673 e ss.; ANTONY HONORÉ, *Causation...* cit., ponto 3.1, *in fine*). Perguntar-se-ia, assim, pelo porquê da mobilização deste critério para efeitos da delimitação de um dever principal de prestação em cujo accionamento estão com frequência em causa não acções humanas, mas acontecimentos naturais. Como veremos em texto, *preponderante para este recorte é a interpretação contratual*; a referência à condicionalidade serve aqui, porém, *para estabelecer um nexo no plano concreto entre causa e resultado, uma vez que o juízo de causalidade à luz do escopo de protecção opera num plano abstracto. Faz-se, assim, uma primeira circunscrição do nexos, fazendo entrar os dados da ciência e da experiência para identificar a possível cadeia causal que conduziu a certo sinistro*. Nem aqui, nem em sede de responsabilidade civil, este primeiro juízo deixa de ser prático-normativo e, como tal valorativo. Se aqui tal critério não se explica por aquela separação face ao domínio do inevitável, explica-se, sim, atendendo ao *escopo de transferência de um risco que subjaz ao contrato*: esta transferência tipicamente pretendida torna-se tanto mais efectiva quanto mais largo for o círculo de eventos que à partida se chame à cobertura, cabendo depois à interpretação do contrato o recorte definitivo. Convém, pois, a este primeiro juízo, a adopção da "forma mais fraca de dependência lógica" (PAULO MOTA PINTO, *Interesse...I*, cit., p. 655), atinente à condição necessária. Nesse sentido vem também a tradicional exclusão da relevância da causa virtual para efeitos de exclusão do dever de prestar do segurador (para o ordenamento alemão, cfr., por exemplo, HORST BAUMANN, "§ 81", cit., p. 267).

¹²⁰³ MARTIN SCHAUER, "Vorbemerkungen...", cit., p. 808, considera aliás, que, assim sendo, o que conta é a recognoscibilidade da consequência danosa no momento da contratação e não no momento de uma actuação causadora de danos. Não nos parece que a intencionalidade negocial destes juízos exija tal ponto de referência; pelo contrário, como frisaremos em texto, o escopo do contrato de seguro, atinente a uma transferência do risco para outra esfera, amolda-se ao pressuposto de que os efeitos incertos do evento em causa transitem para a esfera do segurador. Com efeito, a dissociação entre o momento em que se afere da recognoscibilidade em geral da potencialidade do dano –

valoração normativa da condição, deve adquirir primazia o que *decorrer da interpretação contratual*. Tal aponta para a preeminência do *critério do escopo de protecção: do escopo de protecção do contrato*, concretizado pela *finalidade económica da cobertura do risco em causa*, quando se trate de apurar a causalidade relevante para o *risco primário ou para os danos a cobrir*; ou do *escopo de protecção da cláusula*, quando se trate de aferir do *preenchimento de uma cláusula de exclusão*¹²⁰⁴. Relevam, pois, as *expectativas de um segurado normal face à circunscrição do risco operada pelo contrato*: saber se os resultados do *evento que foi conditio do sinistro* devem ter-se por incluídos nesta *depende de deverem ou não ter-se por incluídos na cobertura pactuada, à luz da sua interpretação*¹²⁰⁵.

Na verdade, este juízo *tenderá aqui a conduzir a resultados coincidentes com*

momento da actuação – e o momento que determina o conhecimento científico mobilizável para aferir de tal – momento da apreciação da questão – deixa de fazer sentido quando não estão necessariamente em causa condutas humanas, como é aqui o caso. Não muito distante andava já WILHELM KISCH, "Zum Kausalproblem im Versicherungsrecht", *Wirtschaft und Recht der Versicherung*, 1926, pp. 1-86, pp. 24-25, quando justificava a conveniência do critério da causalidade adequada com a necessária previsibilidade do risco assumido para o segurador, que não deveria assim responder por encadeamentos causais inesperados ou incomuns. A técnica seguradora, mesmo tradicional, não justifica, porém, esta asserção: mesmo os fenómenos provocados por encadeamentos de todo incomuns se reflectem estatisticamente (vg., mesmo as mortes mais burlescas integram o número de óbitos tido em consideração para elaboração estatística); e o escopo do contrato é exactamente o da desoneração do segurado face a esta incerteza – caso dela se queira proteger, o segurador deve inserir no contrato uma cláusula de exclusão.

¹²⁰⁴ A referência ao escopo de protecção do contrato surge na doutrina desde cedo, como parâmetro da interpretação ou integração do contrato. Esta ideia vem concretizada por referência ao fim do contrato, referido como o fim económico deste, ou o fim de cobertura de riscos. Vem convocada enquanto critério de limitação dos resultados da teoria da causalidade adequada – assim, VICTOR EHRENBERG, *Versicherungsrecht*, cit., pp. 425-426, considerando que a aplicação dos critérios de causalidade *não poderá levar o segurador a ser responsável por aqueles factos pelos quais, segundo a intenção das partes, o não deveria ser*. A prevalência deste critério surge vincada em ALBERT EHRENZWEIG, *Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht*, Springer, Viena, 1952, pp. 261-262, que considera que apenas se poder tratar aqui de interpretação teleológica de normas, em conformidade com o fim económico da cláusula de inclusão ou exclusão do risco. Na doutrina mais recente, cfr. por exemplo HELMUT KOLLHOSSER, "§ 49", cit., p. 489, considerando que, aqui, assentando a responsabilidade do segurador no contrato, só poderá ter a extensão com que tenha sido querida pelas partes – devendo, pois, ter precedência a teoria que arranca da interpretação da norma que gera o dever. Contra, WILHELM KISCH, "Zum Kausalproblem...", cit., p. 20, considerando que as partes não teriam normalmente contemplado a questão da causalidade aquando da conclusão do negócio – ao que se responde considerando que as partes terão certamente tido em conta a generalidade dos efeitos práticos que pretendiam com o negócio, para os quais quiseram a tutela jurídica. As questões relevantes da causalidade terão, pois, sido tidas em conta, de um modo geral, pela representação – ainda que leiga, e não técnico jurídica – da cobertura a negociar. Para além desta representação subjectiva, vale o que se desprender objectivamente do negócio. Na doutrina mais recente, preferindo a teoria da causalidade adequada face à do escopo de protecção, cfr. HANS MÖLLER, "§ 49", cit., pp. 150-151 e 153-154, por considerar que a segunda era geralmente difícil de concretizar e tendia a apontar sem mais para um entendimento *pro* segurado. Como vemos em texto, a teoria do escopo de protecção coincide muitas com os resultados da causalidade adequada; e não impõe monoliticamente um juízo a favor do segurado: constrói-se, sim, sobre a interpretação do contrato, podendo aí, no âmbito da utilização de cláusulas não negociadas, mobilizar-se o critério *contra proferentem*.

¹²⁰⁵ CHRISTIAN ARMBRÜSTER, "Folgenrechnung...", cit., p. 95.

os que resultariam da aplicação do critério da causalidade adequada, levando à cobertura de resultados pelos quais a causa coberta seja pelo menos co-responsável, quando, para um observador experiente, tal *causa agrave o risco de ocorrência do sinistro*, no sentido de não ser apenas dele causa à luz de circunstâncias peculiares, substancialmente improváveis e de desconsiderar de acordo com o curso normal das coisas¹²⁰⁶. Quando coisa diversa não houver sido pactuada, tenderá a ser esse o resultado da interpretação contratual, de acordo com a *boa fé* e os *usos do comércio* – tanto mais assim quanto a massificação da contratação nesta sede *favorece a padronização das expectativas das partes quanto ao conteúdo da cobertura*¹²⁰⁷. E mais ainda quanto também nesta sede se mostra procedente, salva indicação concreta em contrário, para o estabelecimento da causalidade, a tomada em consideração *do estado da ciência ao tempo da aferição da causalidade* – a transferência de risco sobre a qual se constrói o contrato é também vincadamente um *meio de lidar com a incerteza sobre os processos causais, deslocando as consequências de tal incerteza para outra esfera*. Assim, a contratação de uma cobertura com certo recorte é uma *decisão de transferir ou reter na própria esfera tal incerteza*, cujos efeitos se pretende, pois, no primeiro caso, endossar.

Não se pode perder de vista, porém, que se trata sempre aqui de substanciar o que resulta do contrato, à luz da protecção das expectativas legítimas de um segurado normal. Tal poderá, pois, levar, em atenção à teleologia de uma cláusula de exclusão, à simples rejeição do nexo de causalidade, ainda que este, à luz do critério da adequação no seu sentido negativo, fosse de afirmar – ou vice-versa, em

¹²⁰⁶ Na jurisprudência e doutrina alemãs, é também o sentido negativo da teoria da adequação o critério dominante em sede de seguro terrestre para estes propósitos de aferição da cobertura – cfr. HANS MÖLLER, "§ 49", cit., pp. 150-154; MARTIN SCHAUER, "Vorbemerkungen...", cit., pp. 807-808. Veremos em texto porque o critério não deve nesta sede ser considerado decisivo em si. Já em matéria de seguro marítimo, é dominante o critério da causa próxima (*causa proxima, non remota, sequatur*), enquanto a causa, de entre o círculo das causas adequadas, que tiver imediatamente causado o sinistro, vindo tal imediaticidade tradicionalmente entendida num sentido sobretudo temporal e mais recentemente entendida por referência à inevitabilidade ou à probabilidade. Esta tese conhece também grande ressonância junto da doutrina do seguro marítima inglesa. Sobre a incerteza gerada por estes critérios, veja-se M. D. CHALMERS/DOUGLAS OWEN, *The Marine...* cit., p. 76, HANS MÖLLER, "§ 49", cit., pp. 152-153; ALONSO SOTO, *El seguro...* cit., pp. 60-61. Em diálogo com o que diremos de seguida em texto, considere-se que este critério é apto, pela sua tradição no seguro marítimo, a gerar expectativas consolidadas no círculo negocial em causa – a interpretação do contrato poderá, pois, ela própria, levar à conclusão pela consagração deste critério.

¹²⁰⁷ Referindo já o modo padronizado como a intenção das partes se afirmava na prática dos seguros VICTOR EHRENBERG, *Versicherungsrecht*, cit., pp. 425-426; afirmando-o como argumento a favor da aplicação do critério da causalidade adequada, ERICH PRÖLSS, *Versicherungsvertragsgesetz*, cit., p. 91 e HANS MÖLLER, "§ 49", cit., pp. 150-151; no sentido do texto, cfr. HELMUT KOLLHOSSER, "§ 49", cit., p. 489.

casos mais contados¹²⁰⁸. Mais comumente, em sede de aferição da causalidade relevante para a aferição do risco primário ou para a determinação da extensão dos danos a cobrir, o fim de protecção do contrato servirá *não apenas para excluir a imputação de certos resultados ao dever de prestar*, mas também para *os incluir para lá do juízo da adequação causal, quando, face ao contrato em questão, as expectativas do círculo negocial sejam de cobertura do risco*¹²⁰⁹. Assim, vg., face à cobertura do risco de causação de danos por incêndio, sem mais, tenderá a ser expectável a cobertura de danos ainda que improváveis e decorrentes de circunstâncias peculiares¹²¹⁰. Através desta directriz afirma-se também, face ao seguro de acidentes pessoais, a cobertura do dano causado por erro médico, mesmo grosseiro, no tratamento da pessoa segura¹²¹¹.

Numa palavra: *em face desta causalidade de fundamentação e densificação de um dever principal de prestação, deve dar-se prevalência a um critério que arranque do contrato.*

bb) A causação enquanto critério de imputação de consequências por violação de exigências de conduta

A constelação anterior toca, como dissemos, a da valoração da causação voluntária do sinistro, já que também nesta última está em causa aferir da causalidade face a uma causa de exclusão do risco. O regime da causação voluntária do sinistro aparta-se, porém, decisivamente das considerações que tecemos acima

¹²⁰⁸ Considerando que se deve afirmar, do ponto de vista de um tomador médio, a imputação causal, face a uma cláusula de exclusão da cobertura de acidentes causados pela intoxicação etílica do segurado, dos danos causados pela actuação de um polícia que procure travar a condução do segurado alcoolizado, CHRISTIAN ARMBRÜSTER, "Folgenzurechnung...", cit., p. 98. O autor considera – o que, face ao ordenamento português, temos dúvidas de que possa ser linearmente transposto – que, para um segurado médio, a cláusula de exclusão abarcaria esta lesão, já que a intervenção policial, conquanto não ligada por causalidade adequada à intoxicação etílica, estaria com esta num nexó material, já que também ela era determinada pela diminuição da capacidade do segurado para a condução, que correspondia ao tipo de riscos que a cláusula queria retirar da cobertura.

¹²⁰⁹ Não vemos, ao contrário de HANS MÖLLER, "§ 49", cit., pp. 148-149, que este arrancar do fim de protecção do contrato, ou da norma de exclusão, conduza a um alargamento sistemático e, como tal, indevido, do dever de prestar do segurador, já que esta noção não pode ser mobilizada em abstracto, devendo, sim, ser concretizada face às expectativas legítimas do tomador – (novamente) estamos aqui, no campo da interpretação negocial.

¹²¹⁰ Os usos estabelecidos no círculo negocial em causa poderão ter especial relevo para determinar se se devem ter ou não por cobertos os danos causados por dolo de terceiro – cfr. o exemplo dado por ALBERT EHRENZWEIG, *Deutsches...* cit., p. 262, quanto existência de uma expectativa fundada, à face de um seguro contra incêndios, de cobertura do dano causado deliberadamente por um bombeiro, já que, à luz das compreensões do tráfico jurídico, este seguro deveria cobrir todas as consequências da intervenção dos bombeiros, enquanto agentes da diminuição da extensão do dano.

¹²¹¹ CHRISTIAN ARMBRÜSTER, "Folgenzurechnung...", cit., pp. 101-102.

por aqui ser diferente a constelação de sentido: onde ali se trata do recorte de um dever de prestação principal, trata-se aqui da valoração de uma conduta censurável do segurado face aos bens seguros, conduta esta cuja perpetração tem por consequência o accionamento de uma exclusão do risco. Onde ali temos, pois, que assentar no contrato e na interpretação das expectativas legítimas nele fundadas, temos aqui que assentar numa delimitação normativa dos efeitos que podem ser imputados a uma conduta humana violadora de uma exigência de conduta¹²¹². Tudo isto vale, *mutatis mutandis*, para a determinação do critério de causalidade que deve relevar para retirar consequências da violação das exigências que se colocam em sede de comunicação de agravamentos do risco ou do sinistro, ou em sede de salvamento. Face ao regime do agravamento do risco vale, como vimos, um mecanismo específico, que limita os segmentos relevantes do processo causal.

Ora, todas estas matérias se encontram regidas por regimes imperativos ou semi-imperativos – ao menos, na parte tocante ao máximo de gravosidade das consequências que o não cumprimento pode accionar. Assim, não cabe aqui ao contrato a escolha do critério de causalidade relevante – *hoc sensu*, não pode o contrato vir aqui impor um critério com uma malha causal mais larga do que a que se considera mais ajustada *em sede de imputação objectiva em geral, determinando a imputação de resultados de todo anormais à conduta; apenas podendo o sentido do contrato vir limitar os seus resultados*. Tal vale inclusivamente para o estabelecimento da causalidade entre o agravamento do risco e o sinistro – para que concluamos que estamos já perante um agravamento do risco relevante para efeitos do respectivo regime, deveremos ter concluído que estamos para lá do risco a ter por coberto pelo contrato, tendo passado o limiar das valorações concretas deste.

Vejamos, pois, qual a metodologia a seguir em geral para o estabelecimento de tal causalidade. A teoria da *condictio sine qua non* continua a conferir um ponto de partida em matéria de estabelecimento da causalidade, postulando a afirmação do carácter causal dos factos cuja "eliminação mental" ("Wegdenken") conduzisse a

¹²¹² CHRISTIAN ARMBRÜSTER, "Folgenzurechnung...", cit., p. 110, diferencia entre a causalidade inserida em regimes decorrentes do Direito objectivo – a causação do sinistro e o seu agravamento – e a decorrente do próprio contrato, que concretiza por referência à fundamentação da cobertura e exclusões do risco, defendendo que no primeiro caso se justifica a mobilização de testes de causalidade mais chegados aos do Direito da reparação de danos. Este arrancar da previsão na lei ou no contrato parece forçado, num domínio onde há tanta solidariedade entre ambos, criando o contrato *fattispecie* mais estreitas muitas vezes em concretização das *fattispecie* em causa. Mais ajustado nos parece arrancar da função da hipótese em causa.

que o *resultado não se produzisse nos termos concretos em que se produziu*¹²¹³. Trata-se de um critério consabidamente limitado, que não logra dar, ele próprio, a resposta ao que efectivamente ocorreria caso a condição não ocorresse. É, porém, esta a via de reconstituir a *concreta narrativa factual que une um facto inicial a um resultado final* – a um nível de concretude, portanto, que não será alcançado pelos critérios ulteriores da adequação e do fim da norma. Ora, e, para estes efeitos, é na sua limitação que ao critério continua a ser reconhecida prestabilidade prático-normativa: quer-se dele uma *regra heurística*, fundada nas *regras da experiência*, que permita, para estabelecimento *desse nexó concreto*, *levar à valoração jurídica os dados probabilísticos e estatísticos disponíveis*, proporcionando *resultados plausíveis* e adequados à *praxis*¹²¹⁴. É inegável que o recorte – mais ou menos estreito – dos *relata* a conexionar por esta via é decisivo para a afirmação ou negação do juízo, logo neste patamar, como se tornou notório a propósito do enquadramento das hipóteses de causalidade virtual. Ora, aquela directiva da referência ao *resultado concreto* não fornece – nem pode fornecer – um critério para encontrar o grau de concretização adequado a todos os casos, impondo-se uma *operação metodológica cuidada de recorte do resultado concreto, em atenção ao sentido e fim da norma que impõe a conduta – o que poderá impor que, no recorte do resultado, se tenha em consideração a descrição da totalidade do processo causal que a ele conduziu*¹²¹⁵. O reconhecimento do *carácter iniludivelmente*

¹²¹³ A tese da referência ao resultado concreto impôs-se, entre nós, com a obra de 1955 de FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O problema...*, cit., especialmente pp. 171-186 (cfr. ainda FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, "A causalidade na responsabilidade civil em Direito português", *RDES*, 3, 4, 1965, pp. 39-58, 1-11, p. 53) – com esta referência ao dano concreto afasta-se o relevo que uma causa virtual poderia ter na exclusão da causalidade entre o facto e o dano real verificado. Além do autor, veja-se sobre este tema, PAULO MOTA PINTO, *Interesse...I*, cit., pp. 651 e ss, que em grande medida acompanhamos.

¹²¹⁴ Assim, HERMANN WEITNAUER, "Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, Versuch einer Ehrenrettung", cit., p. 323, considerando que se trata aqui frequentemente de um mero juízo de plausibilidade, fundado sobre considerações de probabilidade. Claro neste sentido é ainda KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., pp. 433-434: serão causais para um determinado evento todas as circunstâncias ou processos que têm que ocorrer para que um determinado acontecimento se produza de um certo modo, num certo local e tempo. Não se pretende aqui qualquer definição científica da causalidade, mas apenas uma regra heurística ("Faustregel") que facilite a aplicação do Direito, de fácil apreensão e suficiente para abarcar a generalidade dos casos (não assim, como é sabido, os casos de causalidade cumulativa, alternativa ou hipotética). Para o Direito penal, sobretudo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal...I*, cit., pp. 326-327.

¹²¹⁵ Pense-se, usando um dos exemplos de mera variação do processo causal na produção de um resultado, na hipótese de B, que posiciona uma escada de modo a que A se introduza ilicitamente numa casa, quando, se B não o tivesse feito, C, o outro auxiliar de A, o tê-lo-ia imediatamente feito: a inclusão dos vários elos deste processo causal na *descrição do resultado torna-se necessária para afirmar a necessidade da actuação de B para a sua produção*. Esta conclusão encontra-se já assente na doutrina penal, dado o facto de aí as situações de comparticipação tornarem transparentes estas

valorativo do próprio juízo de condicionalidade, postulando a fundamentação teleológica do recorte efectuado parece, pois, o único garante contra o perigo de raciocínios tautológicos, que se limitem a dar cobertura à condicionalidade a afirmar¹²¹⁶.

No que ao Direito dos seguros concerne, deve dizer-se que também o critério da *condictio* traça um primeiro círculo relevante ao juízo de imputação. Dentro deste, o critério da causalidade adequada vem mantendo o seu papel, fornecendo uma base de adequação ao critério do escopo de protecção¹²¹⁷ – que surge, porém, mais facilmente a consumir o primeiro quando está em causa a violação de um dever de conduta específico¹²¹⁸.

constelações – cfr, CLAUS ROXIN, *Strafrecht...* cit., pp. 359-361; GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch*, Walter de Gruyter, Berlin/Nova Iorque, 1983, pp. 159-160, embora o autor defenda, em geral, uma concepção mais próxima da de Traeger. Na doutrina nacional, por todos, PAULO MOTA PINTO, *Interesse...I*, cit., pp. 663-664 e 677-679.

¹²¹⁶ Na verdade, nem a teoria do resultado concreto se pode refugiar numa pretensa manutenção de maior pureza descritiva face a este primeiro patamar, nem a teoria rival, atinente a um *resultado considerado com uma certa abstracção* ("in einem gewissen Verallgemeinerung"), apenas *nos seus aspectos juridicamente relevantes*, em atenção à *categoria de efeitos recortada pela hipótese legal* (LUDWIG TRAEGER, *Der Kausalbegriff...* cit., pp. 41 e ss., distinguindo entre condições decisivas, que não podiam ser mentalmente suprimidas, e condições não decisivas que, podendo ser mentalmente suprimidas sem que o resultado abstracto deixasse de ter lugar, não deixavam de alterar substancialmente a sua configuração para efeitos de valoração jurídica – vg., por acelerarem *substancialmente* o resultado concreto), escapa à crítica de deitar a perder o juízo de causalidade das hipóteses de intrevenção de causas virtuais. Como tal, tem-se afirmado, no sentido do texto, que, se o referente do juízo deve ser o resultado lesivo concreto, a sua configuração é ditada pelos elos do processo causal que a ele conduziu, sempre de acordo com a *interpretação teleológica da norma em causa* – cfr. CLAUS ROXIN, *Strafrecht...* cit., pp. 359-360 ("Allerdings steckt in der [...] Gesichtspunkt der Relevanz ein wertendes Element"); louvando-se neste autor, mas enfatizando em grande medida a dimensão valorativa e a metodologicamente exigente do processo, em atenção ao fim da norma CLAUS-WILHELM CANARIS, "Die Vermutung "aufklärungsrichtigen Verhaltens" und ihre Grundlagen", in *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004*, FRANZ HÄUSER/HORST HAMMEN/JOACHIM HENNRICHS/ANJA STEINBECK/ULF R. SIEBEL/REINHARD WELTER (coord.), De Gruyter Recht, Berlin, 2004, pp. 3-24, pp. 14-17; acolhendo estas conclusões como cúpula de um percurso pelas insuficiências das diferentes propostas, e mantendo, assim, a referência ao *juízo de condicionalidade* em atenção às exigências de sentido da responsabilidade – a postularem a imputação do resultado a condutas quando a supressão contrafactual destas evitasse o resultado (o autor refere-se a uma evitabilidade *prima facie* enquanto referente de sentido nesta sede) –, e sublinhando a importância da descrição do resultado por referência à sua "génese causal", ou seja, aos vários elos na respectiva cadeia, PAULO MOTA PINTO, *Interesse...I*, cit., pp. 673-679.

¹²¹⁷ Neste sentido também ALONSO SOTO, *El seguro...* cit., pp. 66-69.

¹²¹⁸ Sobre a contraposição entre os dois critérios, cfr., por todos, PAULO MOTA PINTO, *Interesse..., II*, cit., pp. 930 e ss., dando também conta da tendência maioritária, no panorama nacional e no tocante ao Direito da responsabilidade civil em geral, de se lançar do critério da causalidade adequada, sendo também pacífico que os seus resultados devem ser corrigidos por aplicação da teoria do escopo de protecção. Ora, poder-se-ia questionar se, atento o facto de, a final, *prevalecer o juízo feito sob o prisma do escopo de protecção*, que corporiza a *interpretação teleologicamente adequada das normas de protecção*, não seria mais consequente *galgar desde logo o passo da aferição da causalidade adequada, lançando mão directamente da teoria do escopo de protecção*. Tanto mais assim quanto o juízo de adequação se encontra, na versão que é actuada pela jurisprudência alemã, como pela nacional, *decisivamente objectivizado*, afastando-se de um juízo subjectivo de

Da nossa parte, parece-nos uma boa metodologia a que deixa intervir, por sobre o critério da *condictio sine qua non*, em primeiro lugar o critério de maior densidade informativa atinente à causalidade adequada, para logo o corrigir, quando necessário, na base dos argumentos teleológicos atinentes ao escopo do contrato, face aos *Tatbestände* mais abertos, ou da norma de conduta concreta violada, face aos *Tatbestände* mais específicos¹²¹⁹.

previsibilidade. Ou seja, afirma-se a adequação sempre que o facto tiver aumentado a possibilidade de verificação do resultado, no sentido de não o ter provocado apenas pela intervenção de circunstâncias peculiares, substancialmente improváveis e, de acordo com o curso normal das coisas, a desconsiderar (parafraseamos aqui a formulação introduzida já pelo Reichsgericht e adoptada também pelo BGH, e que depois se popularizou – KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 436), tomando em consideração as circunstâncias cognoscíveis por um *observador experimentado* e ainda os conhecimentos particulares de que fosse detentor o agente ao tempo do facto, e avaliando-se a sua contribuição para a produção do resultado à luz dos conhecimentos científicos e das regras da experiência disponíveis *ao tempo da avaliação da causalidade*. O juízo não se centra, pois, de todo, na possibilidade concreta de afirmação da adequação pelo agente – mesmo a *mobilização* dos conhecimentos particulares de este dispuser é adicional, vindo alargar as hipóteses de afirmação de causalidade adequada.

Tal passo não tem sido, porém, empreendido. Maioritariamente, parece-nos, porque o critério do escopo de protecção é, em si, dotado de pouca densidade explicativa – tornando o juízo dependente da interpretação teleológica de uma norma, não fornece uma ideia aproximativa sobre o tipo de efeitos que pode ser imputado à actuação. Este deve, pois, operar correctivamente sobre um critério mais informativo, que forneça um ponto de partida praticamente adequado ao juízo de imputação; e, *à face do nosso Direito positivo, o critério eleito para esses efeitos é o da causalidade adequada*. Outro candidato lógico seria o critério da previsibilidade, como adoptado no ordenamento francês e, por sua influência, nos ordenamentos espanhol e italiano. Este não tem, porém, acolhimento juspositivo, nem acolhimento tradicional na doutrina nacional, dada a prevalência da influência germânica (cfr. FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, "A causalidade...", cit., pp. 49-50). Este não nos fornece um ponto de partida fechado: não pode perder-se de vista que se trata de um juízo prático-normativo, assente em conceitos *carecidos de determinação* – não só na densificação do que seja um observador experiente para os efeitos em causa, como também na recorte dos termos a unir pelo juízo de causalidade – e assente numa *ponderação concreta*, de acordo com a valoração dos dados não só da ciência, mas *também da experiência* (HERMANN WEITNAUER, "Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, Versuch einer Ehrenrettung", cit., sobretudo pp. 334-337: "[d]ie wirkliche Schwierigkeit der Adäquitätstheorie liegt also in der Tat in der Frage, nach welchen Gesichtspunkten die Generalisierung, also die Bestimmung des Ausgangskollektivs und die Bestimmung des Falles, dessen Häufigkeit festgestellt werden soll, vorzunehmen ist"; Tal não seria, para o autor, obstáculo à "salvação da honra" do critério da causalidade adequada, já que nesta sede seria inevitável e bastante a intervenção da experiência e da razão prática ("praktische Vernunft"). Este inacabamento é, aliás, ineliminável, e vale para qualquer critério de causalidade de que se lance mão, decorrendo tanto do carácter potencialmente ilimitado das cadeias causais, como do facto de os termos destas terem que ser descritos – e, nessa medida, *circunscritos* – para que se tornem mobilizáveis. Não é, pois, possível ou desejável prescindir aqui de uma margem de apreciação do juiz, independentemente do critério que se lance mão. Não alcançando o critério da causalidade adequada ao de juízo derradeiro no sistema, juntamo-nos, pois, aos que reconhecem tanto as suas limitações, como a função útil que é apto a desempenhar (HERMANN WEITNAUER, "Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, Versuch einer Ehrenrettung", cit., *maxime* pp. 342-346; KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 437). De resto, a consonância do critério com os juízos materiais que subjazem ao sistema é corroborada pela normal coincidência entre os seus resultados e os que decorrem da teoria do escopo de protecção – com efeito, a norma violada é tipicamente pensada para o tipo de danos cujo risco a conduta violadora agrava.

¹²¹⁹ Já distinção entre danos directos e indirectos não tem tradição entre nós: tudo está em saber se a acção em causa foi ou não causa adequada dos danos – FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, "A causalidade...", cit., pp. 50-51.

b. Dano

Como recorte mínimo da noção de dano, podemos partir de que se trata aqui da *desvantagem, relevante para o Direito, sofrida pelo segurador em consequência da contravenção a estas normas*¹²²⁰. Trata-se de noção assumidamente desprovida de operatividade prática – tudo está em saber exactamente qual a desvantagem que o Direito tem por relevante. Sempre confere, porém, um primeiro ponto cardeal na interpretação das normas postas pelo legislador a este respeito, já que permite salientar a natureza necessariamente comparativa e, nessa medida, diferencial do dano – com a qual teremos que nos deparar para que o detectemos. E permite, do mesmo passo, salientar que um dos termos dessa comparação se situa num plano irreduzivelmente normativo, hipotético: o da distribuição dos bens pressuposta pelo Direito.

Face ao mecanismo da exclusão do risco, em que a consequência desfavorável não se chega a produzir na esfera do segurador, tratamos na verdade de uma desvantagem que se produziria *não fora o facto de o Direito, em reacção à adopção da conduta contrária aos seus comandos, retirar tais consequências da esfera do segurador*. O raciocínio, conquanto não proceda já para as demais consequências que, se bem que operando extrajudicialmente, se produzem logicamente depois da afectação da esfera do segurador pela conduta do segurado, sempre permite compreender a dinâmica de manifestação do dano aqui relevante¹²²¹.

Encontraremos aqui danos de duas naturezas. Por um lado, os atinentes ao agravamento da posição do segurador, enquanto devedor de uma prestação principal condicionada à ocorrência do sinistro. Por outro, os atinentes à realização de despesas acrescidas de apuramento das circunstâncias e consequências do sinistro.

A violação da norma de conduta pode, pois, em primeiro lugar, provocar o agravamento da posição do segurador de *devedor de uma prestação condicionada à ocorrência do sinistro e* – nos seguros aqui analisados – *influenciada pelo alcance*

¹²²⁰ PAULO MOTA PINTO, *Interesse...I*, cit., pp. 540 e ss., que aqui acompanhamos.

¹²²¹ ASSIM, JÜRGEN PRÖLSS, "Das versicherungsrechtliche...", cit., p. 669, face à causalidade relativa à exoneração total: "[d]er Versicherer wird nur insoweit leistungsfrei, als das Fehlverhalten Einfluss auf den Umfang seiner Leistungspflicht hatte, genauer: gehabt hätte, wenn nicht Leistungsfreiheit einträte".(conquanto se deva salientar que a afirmação se compreende melhor à luz de uma causalidade que intervem a título de excepção, como ocorre no ordenamento alemão).

das consequências deste.

Tal pode acontecer no plano do mero agravamento do estado de vinculação do segurador, face a um sinistro que se tornou mais provável ou mais gravoso. É o que acontece se o segurador não tem possibilidade de ajustar ou fazer cessar o contrato na sequência de um agravamento do risco, passando a encabeçar, sem a contrapartida proporcional, uma atribuição mais gravosa. Caso seja *obrigado a prestar na medida desse risco agravado*, o segurador *sofrerá então uma desvantagem patrimonial correspondente*.

Nos demais casos, a desvantagem patrimonial que adviria à esfera do segurador patentear-se-ia *na constituição na sua esfera de um dever de prestar a título de cobertura do risco, ou no agravamento de um dever nela constituído*. A implicação do segurado neste dano supõe – e agora estamos a olhar para processos reais, e não para diferenças patrimoniais – *que este cause o sinistro ou agrave as suas consequências, ou que leve o segurador a prefigurar-los como mais graves do que são*. Este dano seria apto a ser causado quer pela causação dolosa (não fora a exclusão do risco), quer pelo incumprimento (*lato sensu*) das exigências de prevenção e mitigação do dano, quer pela violação das exigências de prestação de informação na sequência do sinistro. Face a estas últimas, lembre-se que a ocorrência e medida do sinistro são *representadas pelo segurador para efeitos de accionamento das suas obrigações através da informação que lhe é transmitida pelo segurado*. Como tal, o dano que o incumprimento *lato sensu* destes deveres é apto a causar ao segurador processa-se através da representação por ele de que o seu dever de prestar se constituiu, ou que o fez em maior medida do que a real; prestando o segurador na base dessa representação equivocada, sofrerá uma desvantagem patrimonial.

Neste conjunto, o mecanismo de expurgação do dano da esfera do segurador não é sempre o mesmo. Em face do funcionamento da exclusão do risco, o dano potencial, uma vez imputado à actuação do segurado, é automaticamente retirado da esfera do segurador por via do mecanismo da exclusão. Nos demais casos, a sua remoção ocorre *a posteriori*, por via dos mecanismos da redução ou perda da contraprestação.

Em segundo lugar, pode haver danos decorrentes de o segurador ser levado a efectuar *despesas acrescidas em vista da determinação das reais causas e*

consequências do sinistro, devidas à falta de cooperação ou à *necessidade de ulteriores indagações para aferir da existência de condutas fraudulentas por parte do segurado*. Para compreensão do alcance deste tipo de dano, devemos começar por afirmar que as despesas de liquidação do sinistro *correm normalmente por conta do segurador*.

Na verdade, no nosso ordenamento, não há uma norma similar à do actual § 85 da VVG, que coloque expressamente a cargo do segurador as despesas atinentes à regularização do sinistro. Dir-se-ia, pois, que tal estava inteiramente dependente da regulação que lhe desse o contrato. Esta não parece, porém, uma directriz sã de enquadramento do problema. Desde logo porque, da *perspectiva de um segurado razoável*, tais despesas *são ainda danos causados pelo sinistro* – é por o sinistro ter ocorrido que se mostra necessário apurar a extensão das suas consequências, enquanto passo necessário da reparação do dano para cuja obtenção o segurado pagou os prémios. É tanto mais assim *quanto o apuramento das circunstâncias do sinistro é uma operação logicamente necessária à realização da prestação pelo segurador e que muitas vezes apenas se justifica por causa desta*. De resto, de outro modo, sendo necessário *deduzir do montante da prestação seguradora ainda o montante das despesas implicadas pelo seu apuramento*, esta acabaria, no caso dos seguros de prestações indemnizatórias, por não remover da esfera do segurado as consequências do sinistro; e, no caso dos seguros de prestações predeterminadas, poderia acabar por consumir em grande parte o montante da prestação¹²²². Solução contrária poderia aliás facilmente implicar que o *segurador se pudesse afinal furtar à prestação*, quando, para tornar líquido o seu montante, fosse necessária uma vistoria, inspecção ou exame, que o segurado – ademais pendente da percepção da prestação seguradora – não pudesse custear¹²²³.

¹²²² KATHARINA JOHANNSEN, "§ 85 Schadensermittlungskosten", in *Bruck/Möller, III.*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/RALF JOHANNSEN (coord.), *De Gruyter Recht*, Berlim, 2010, pp. 495-506, p. 496, apelando ao escopo de remoção do dano do contrato de seguro, face ao qual o segurado tem a expectativa de não suportar estes custos que são para ele uma parte do dano igualmente imprevisível e incalculável; já antes, por exemplo, WOLFGANG RÖMER, "VVG § 66 Ermittlungskosten", *Römer/Langheid*, WOLFGANG RÖMER/THEO LANGHEID (coord.), C. H. Beck, Munique, 2003, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 10.09.2012), nm. 1-2, considerando mesmo, contra a opinião dominante, que tais custos deveriam impender sobre o segurador mesmo quando, juntamente com a prestação devida, ultrapassassem a soma segura, sob pena de se frustrar a finalidade do contrato.

¹²²³ Problemas colocam aqui os casos em que a determinação da existência e do alcance do dever de prestar dependa do recurso a terceiros, que simultaneamente prestem o serviço reparador dos danos. Face a esta intervenção mostra-se difícil separar a parte dos custos correspondente à fixação do alcance da intervenção – vg., separar, no tocante a cuidados de saúde, a parte do diagnóstico da

Por tudo isto, parece-nos que, mesmo no nosso ordenamento, *há que partir de que a cobertura das despesas de liquidação do dano incumbe ao segurador*. Solução diversa valerá apenas quando estipulada no contrato – e terá então que se haver com o controlo atinente aos contratos de adesão, o qual, dado o risco de esvaziamento do sentido útil do contrato que aqui se coloca, é especialmente apto a actuar.

Na medida em que o cumprimento defeituoso ou a conduta fraudulenta por parte do segurado aumente o volume das despesas que seria implicado por uma conduta leal, este excesso corresponderá também a um dano na esfera do segurador: trata-se de uma variação patrimonial sofrida na esfera do segurador em consequência da violação de uma exigência de conduta colocada ao segurado. O RJCS permite, porém, a compensação deste crédito reparatório contra o dever de prestar por parte do segurador, pelo mecanismo da redução da prestação.

Não podemos, porém, deixar de limitar o alcance da afirmação que vimos de fazer. Vimos que o procedimento de liquidação do sinistro se encontra previsto com *carácter dinâmico e cooperante, colocando sobre o segurador*, enquanto parte avantajada pela assimetria informativa no tocante à identificação da relevância jurídico-económica dos dados, *a iniciativa na solicitação de informações*. De resto, vimos que o segurador se encontra protegido face à falta de cooperação dolosa, podendo, em casos extremos de desproporcionada falta de cooperação, exonerar-se por abuso do direito (*tu quoque*) da contraparte. Nas hipóteses menos extremas, o segurador logra também exonerar-se em caso de conduta dolosa, tendo porém que ocorrer dano significativo (art. 101.º, n.º 2). Como melhor veremos, conquanto não proceda a invocação de uma mera perda de *chance*, o segurador será em grande medida auxiliado nesta matéria em sede jusprobatória. Como tal, *em muitas hipóteses não se revelará proporcionado, por parte do segurador*, avançar para medidas que procurem superar uma falta inicial de colaboração informativa e que impliquem custos autónomos. Um núcleo importante de *hipóteses em que tal poderá relevar são aquelas em que haja suspeita de fraude quanto à ocorrência do sinistro ou sua extensão e importe reunir prova para esses efeitos*. É auto-evidente

componente terapêutica; ou separar as componente de vistoria e orçamentação nas intervenções técnicas – da parte dos custos correspondentes à reparação. O BGH teve, antes da inclusão do § 85, II, aqui restritivo, ocasião de se pronunciar a este respeito, considerando que, na perspectiva do segurado, deviam ambas as componentes ser consideradas como determinantes da extensão dos danos. Cfr. KATHARINA JOHANNSEN, "§ 85 Schadensermittlungskosten", cit., p. 497.

que aí se justifica o recurso a medidas de quantificação do dano por iniciativa unilateral.

Questão diversa se coloca também quando a conduta exigida do segurado retratar algo diverso da prestação de informação pelo próprio, reportando-se a uma conduta cooperativa numa acção de recolha de informação por parte do segurador ou terceiro – como, vg., a comparência num exame médico. Aí, admite-se que, se o segurado frustrar negligentemente a realização dessa medida, a repetição da mesma que, em boa fé, o segurador deverá proporcionar, deverá já estar a cargo do segurado. Tal transcende já porém o sentido das hipóteses que aqui analisamos.

c. Concretização: a dinâmica entre a causalidade e o dano

aa) Em sede dos regimes da causação voluntária do sinistro, salvamento e exigências de conduta relativas ao risco ou às consequências do sinistro

Face ao regime da causação do sinistro, a desvantagem patrimonial que se produziria na esfera do segurador corresponderia ao *montante devido aferido face à ocorrência de um sinistro com aquelas características*. Para que esta desvantagem deva correr por conta do lesado, urge que seja causalmente imputável à sua conduta a ocorrência de um sinistro. Como tal, aqui apuramos a *causalidade face a um evento real*; e, afirmada esta cadeia de causalidade, dá-se por excluído o dever de prestar, não havendo ulteriores cálculos de apuramento do dano a fazer. Com tal quadra aliás o facto de bastar a concausalidade de tal conduta na causação deste evento, não tendo que ser dele causa exclusiva¹²²⁴.

Urge antes de mais apurar *se a ocorrência do sinistro deixaria de se verificar nas circunstâncias concretas em que teve lugar sem o facto em causa*, por aplicação do critério da *condictio*. Não obstante, é a este nível que se resolvem já algumas das questões – por exemplo, se o segurado contra furto ou roubo deixa a janela de sua casa aberta e os ladrões se introduzem nesta através de arrombamento da porta, aquela conduta não é, desde logo, *condição necessária* do sinistro¹²²⁵.

Afirmado este carácter, interfere então a *teoria da causalidade adequada no seu sentido negativo*, rejeitando-se a causalidade quando o comportamento em

¹²²⁴ É a posição pacífica na doutrina e jurisprudência alemãs. Cfr., por exemplo, HORST BAUMANN, "§ 81", cit., p. 266.

¹²²⁵ DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 47.

causa fosse totalmente inadequado para a ocorrência do sinistro, só tendo produzido o resultado por associação de uma cadeia de eventos fora do comum¹²²⁶. Em sede contratual, o escopo de protecção é, em geral, densificado por apelo, antes de mais, ao acordo das partes. Na falta deste, apela-se ao sentido e fim do contrato, bem como ao princípio da boa fé¹²²⁷. Por via da causalidade adequada podem ser logo resolvidos casos como o do segurado que não retira o seu automóvel, face ao qual tem um seguro contra todos os riscos, de um parque ameaçado por cheias, sendo nele o carro alvo de furto; também à luz da teoria do escopo de protecção se deixaria afirmar que não é o risco criado pela violação do cuidado exigido que se vem a materializar num sinistro coberto¹²²⁸. A teoria do escopo de protecção releva já autonomamente para enquadrar os casos em que a violação do *standard de segurança imposto pelo contrato exige que certo estado de coisas se mantenha durante certo período de tempo* – vg., a ausência de casa deixando uma janela aberta apenas patenteia a violação de tal standard de segurança quando tal ausência se prolongue para além de certa duração. Ora, quando o sinistro se produz antes de decorrer tal duração, não é o risco criado por tal falta que se materializa no resultado.

É, de resto, também por interpretação do contrato, e não aprioristicamente, que se resolve os problemas de causação do sinistro pela actuação combinada de uma causa incluída na cobertura e da causação voluntária pelo segurado, que vale como exclusão de cobertura. Da *vontade das partes e da finalidade da cláusula de exclusão decorrerá normalmente a preponderância desta última*, impondo-se a causa excluída face à causa incluída, determinando que não haja lugar à cobertura do risco¹²²⁹. Nas situações de encadeamento causal entre causas incluídas e excluídas da cobertura, dá-se por vezes relevo a um critério de proximidade causal¹²³⁰; é matéria, porém, em que há que atender às expectativas legítimas

¹²²⁶ HORST BAUMANN, "§ 81", cit., p. 266; DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 47.

¹²²⁷ DIRK LOOSCHELDERS, *Schuldrecht* cit., p. 310. O critério da adequação seria potencialmente bastante para negar a causalidade; o respectivo juízo dependeria, porém, notoriamente neste caso, em grande medida do modo como se descrevesse os termos a relacionar; ao passo que, pensada a teoria do escopo de protecção, a resposta é clara.

¹²²⁸ DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 47.

¹²²⁹ Este é o entendimento maioritário entre a doutrina alemã – cfr. HANS MÖLLER, "§ 49", cit., p. 157; HELMUT KOLLHOSSER, "§ 49", cit., p. 490. Diversamente, entende-se que, concorrendo uma causa não incluída na cobertura, mas dela não excluída, e uma causa incluída, do fim do contrato decorrerá a cobertura do risco por inteiro.

¹²³⁰ Sendo a causa excluída causada pela causa incluída (vg., um fogo coberto causa uma explosão de material pirotécnico não coberta) – e, portanto, sendo a causa excluída a causa directa do dano (a

fundadas no contrato ou nos usos comerciais, que poderão apontar para outra compreensão .

Face ao salvamento, está aqui em causa, antes de mais, uma actuação do segurado que *amplia as consequências do sinistro* – apenas nos casos em que se admite que a exigência vale logo que o sinistro esteja iminente se pode falar de uma actuação co-causadora do próprio sinistro. Por outro lado, o regime de salvamento actua *conaturalmente numa situação de concorrência de causas para a produção do dano, não se tratando de apurar em que medida a conduta do segurado contribuiu para cada evento real*. Nestes casos, releva, pois, a diferença entre as *circunstâncias efectivas de materialização do sinistro e as que valeriam caso o segurado tivesse cumprido o dever de salvamento – que conversamente se materializará na diferença entre o dever de prestar do segurador tal como se perfila e o que valeria caso a actuação mitigatória tivesse tido lugar*. Mesmo para as hipóteses de actuação perante um sinistro iminente, é este o parâmetro adequado – não se trata de proibir um resultado, como *supra*, mas apenas de impor uma exigência de o evitar ou conter, não havendo paralelo com a imputação exclusiva à esfera do segurado que vimos em sede de causação. Em termos gerais, porém, os testes de causalidade são os mesmos três que referimos acima.

Face às exigências de conduta recortadas pelo contrato que prevejam determinadas actuações específicas face ao risco, ou ao sinistro ou suas consequências, a analogia procede ora com uma hipótese, ora com outra. Dos critérios vistos para a causação haverá que aproximar as exigências que prevejam condutas de controlo do risco e prevenção do sinistro; e dos critérios vistos para o salvamento há que aproximar as exigências que prevejam condutas mitigatórias. Num caso ou noutro, dado o recorte tendencialmente concreto destas condutas, cobrará especial importância o critério do escopo de protecção – quando o da *condictio* não bastar ao juízo –, levando à rejeição da imputação ao incumprimento

explosão causa os danos) –, não haveria lugar à cobertura. Pelo contrário, sendo a *causa excluída causa de produção de uma causa incluída* (uma explosão de material pirotécnico não coberta causa um fogo, em geral coberto), por sua vez geradora de danos, deveria afirmar-se a cobertura destes últimos. Assim, HANS MÖLLER, "§ 49", cit., p. 156; foi também este o entendimento que vimos espelhado na mobilização do regime do seguro de acidentes. Diversamente, porém, HELMUT KOLLHOSSER, "§ 49", cit., p. 490, indica como critério seguido pela jurisprudência o de que a cláusula de exclusão da cobertura sempre se imporá, independentemente da sequência entre umas e outras.

de consequências diversas das que este visava barrar.

Dever-se-á ainda questionar as possibilidades de invocação da figura do comportamento lícito alternativo. No ordenamento alemão, a invocação do instituto do comportamento lícito alternativo é largamente admitida, quando o *Tatbestand* em causa *der ao sujeito a margem para optar entre várias alternativas de conduta*¹²³¹. Assim, a figura é invocada face à causação do sinistro, nas hipóteses em que este decorra de negligência grosseira¹²³², nomeadamente, em sede de

¹²³¹ O comportamento lícito alternativo permite ao sujeito que violou a exigência de conduta a invocação de que, ainda que se tivesse comportado de acordo com tal exigência, o dano ter-se-ia de todo o modo produzido, provindo da sua própria conduta, mas agora licitamente (KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 528; na sua esteira, JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...* cit., pp. 290-291). É ainda controvertida a sua demarcação face ao problema da relevância negativa da causa virtual, da qual é por vezes considerada apenas uma manifestação (muito próximo deste entendimento, HARTMUT OETKER, "BGB § 249 Art und Umfang des Schadensersatzes", *MüKo BGB, II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432*, WOLFGANG KRÜGER (coord.), C. H. Beck, Munique, 2012, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 24.09.2014), nm. 217, que considera estar em causa ainda a problemática do comportamento lícito alternativo quando o resultado em causa sempre se produzisse pela intervenção de outro processo causal). Em geral, considera-se que o problema da causa virtual se coloca em sede de imputação do dano à conduta, ao passo que a questão do comportamento lícito alternativo se coloca em sede de determinação da ilicitude da conduta. Os problemas estão, porém, longe de ser estanques, sendo o carácter normativizado do nexos de causalidade tanto mais saliente quanto se assente na teoria do escopo de protecção da norma e se tome esta como um critério prático-normativo de solução de controvérsias inserido num sistema jurídico aberto. Em sede de Direito dos seguros, ALBERT EHRENZWEIG, *Versicherungsvertragsrecht I...* cit., 271-272, defendeu mesmo o relevo positivo da causa virtual para estes efeitos, raciocinando a partir do exemplo de escola do sujeito que coloca uma bomba-relógio no porão do navio, com vista a causar o sinistro e obter a prestação seguradora. O autor separava, para estes efeitos, as hipóteses de actuação com simples dolo de produção do dano no interesse seguro, das hipóteses de actuação com dolo de aproveitamento do contrato – ou seja, dos casos em que o sinistro era dolosamente causado com intenção de aproveitamento da prestação. Enquanto que nos primeiros casos a *mera tentativa de produção do sinistro ficava sem efeitos no face à intervenção de uma causa ultrapassante, já assim não seria nos casos de verdadeira fraude*. Aqui, já não se poderia tomar em consideração qualquer interrupção do nexos causal: o sujeito tinha querido causar o sinistro e este tinha-se efectivamente produzido, ainda que por intervenção de outras circunstâncias. Esta parece ser, porém, uma posição abandonada, já que o regime da causação dolosa não equipara a tentativa à consumação, nem dispõe de regras especiais para a fraude (HANS MÖLLER, "§ 61", cit., pp. 537-538; ROLAND MICHAEL BECKMANN, "§ 61", cit., p. 1007; DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 46). Tal será já, porém, fundamento para a resolução do contrato por justa causa. Para o seu abandono em geral em relação à responsabilidade civil, dado o seu escopo ressarcitório, a ditar a irrelevância da tentativa, FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, "A causalidade..." cit., pp. 51-52. Quanto à relevância negativa da causa virtual, a posição tradicional parece ser a da sua rejeição, que tinha esteio legal, em relação ao seguro marítimo, no § 844 do HGB. Com a revogação destes preceitos face à entrada em vigor da VVG, entende HORST BAUMANN, "§ 81", cit., p. 267, que o princípio geral da irrelevância da causa virtual face à produção do sinistro continua a valer. Assim, tal como o segurador não pode apelar ao facto de que o dano sempre seria causado por uma causa virtual, caso o sinistro não tivesse intervindo, também o segurado não pode invocar que o sinistro sempre se teria produzido ainda que o não tivesse culposamente causado. Como dizemos em texto, porém, a relevância negativa da causa virtual é em geral admitida, só não o sendo em caso de dolo.

¹²³² ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 393; JÜRGEN PRÖLSS, "§ 61 Herbeiführung des Versicherungsfalles", cit., pp. 515-516, considerando que o segurador apenas tem que provar que o sinistro, nos termos em que ocorreu, foi causado pelo segurado, podendo este

causação mediata, quando esteja em causa a adopção de uma conduta contrária ao standard de segurança contratual¹²³³, sendo genericamente havida, em face das *Obliegenheiten*, como uma das defesas invocáveis pelo segurado que procure fazer a prova negativa da causalidade.

Trata-se aqui, tal como se começa por precisar em sede de responsabilidade civil, de um problema colocado em sede denexo de ilicitude – numa terminologia com mais cabimento em face do contrato de seguro, de um problema de recondução da conduta ao escopo de protecção da norma de conduta em causa. Estas hipóteses destacam-se, ainda assim, das anteriores, na medida em que, aqui, o resultado danoso sempre foi ainda uma decorrência causal (ainda que o teste de causalidade possa vir a ser fraco) da violação da exigência de conduta – esta coloca-se para evitar aquele tipo de danos; o que se afirma é que, ainda que a conduta tivesse sido adoptada, o resultado produzir-se-ia por outra via. Esta diferença ilustra-se no confronto entre a situação em que o segurado deixa o seu veículo num parque ameaçado pelas cheias, onde este é furtado – falha de imputação causal no tocante ao sinistro que o furto constitui, já que a exigência de conduta não visava obstar a esse tipo de danos –; e a situação em que o mesmo segurado invoca, agora face à cobertura de danos causados pela força das águas, que, ainda que tivesse removido o veículo para um outro local dentro do raio que lhe era exigível alcançar, as cheias, face à sua força extraordinária, o teriam alcançado.

Ora, tanto como na colocação do problema em sede de responsabilidade civil, há que partir da interpretação das normas em causa. Assim, tal como aí¹²³⁴, quando

último porém provar que o sinistro se teria produzido em todo o caso ainda que não tivesse havido actuação com negligência grosseira; CHRISTIAN ARMBRÜSTER, "Folgenzurechnung...", cit., p. 107, salientando que a invocação vale, em face do seguro de responsabilidade civil, mesmo em caso de dolo.

¹²³³ DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 50, admitindo que o segurado vítima de furto que tenha deixado a chave dentro do veículo possa invocar que o furto adviria de todo o modo por arrombamento do veículo.

¹²³⁴ Segundo a doutrina ainda maioritária, a invocação é de admitir ou rejeitar em função do escopo de protecção da norma em causa. Procurando uma resposta a um nível mais abstracto, a invocação é em geral admitida quando a norma cure da prevenção de um resultado, e já não quando queira prevenir uma conduta determinada – vg., quando queira garantir um determinado processo ou formalismo. Cfr., no ordenamento português, JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...* cit., pp. 286-291; no alemão, ARNDT TEICHMANN, "Vorbemerkungen zu den §§ 249–253", *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*, ROLF STÜRNER (coord.), Beck, Munique, 2014, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 09.03.2015), nm. 48, CLAUDIA SCHUBERT, "BGB § 249 Art und Umfang des Schadensersatzes", *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH (coord.), Beck, Munique, 2011, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 04.05.2013); nm. 101, HARTMUT OETKER, § 249, cit., nm. 221, com outras concretizações do critério abstracto.

estas exigências de conduta ligadas ao risco se expliquem pela prevenção da produção de um resultado concretamente desfavorável na esfera do segurador, deve a invocação proceder – é o que acontece nas hipóteses que vimos de referir. Já quando estejam em causa exigências de conduta que não se prendam com a produção do dano, mas que pretendam apenas reconduzir o risco representado pelo segurado a determinada categoria recortada para efeitos estatísticos, a invocação deixa de ser compatível com a teleologia de tal exigência.

bb) Em face dos deveres de informação

Em todo o caso, a total irrelevância da causação de danos vale apenas para as hipóteses de dolo qualificado previstas para o caso de agravamento do risco¹²³⁵. Na

¹²³⁵ Não há, pois, lugar, à face do sistema concatenado pelo nosso regime jurídico segurador, para considerações como as que presidiram à "Relevanzrechtsprechung", nos quadros da vigência da VVG anterior. Nas hipóteses de violação dolosa de deveres a cumprir na sequência do sinistro – que são, frequentemente, deveres de informação –, a anterior VVG não permitia sequer a prova da ausência de causalidade entre tal facto e o surgimento ou extensão do dever de prestar – a exoneração era, pois, compatível com a *total inocuidade da violação para o segurador*. Esta dureza era agudizada pelo facto de o incumprimento doloso se presumir. Estabeleceu-se, assim, jurisprudência no sentido do abrandamento dos pressupostos do regime, limitando a faculdade de invocação da exoneração aos casos em que a violação da *Obliegenheit fosse em geral adequada a pôr seriamente em risco os interesses do segurador e intercedesse culpa grave do segurado* (cabendo a este último o ónus da contraprova), com fundamento nos princípios da boa fé, proporcionalidade e justiça material. Um acórdão exemplar a este respeito é o ac. do BGH de 7 de Dezembro de 1983, processo n.º IV a ZR 231/81, em que estava em causa um seguro automóvel contra todos os riscos, no qual, na sequência do furto do automóvel, o segurado deu ao segurador, no formulário apresentado para o efeito, a indicação de um determinado valor do automóvel, negando ainda que este tivesse sofrido entretanto quaisquer danos. Tal valor resultava, na verdade, de uma peritagem feita ao veículo devido à contratação do seguro, para efeitos de aferição do valor daquele; ora, embora tal peritagem tivesse sido efectuada na sequência de o veículo ter estado envolvido numa colisão, o respectivo relatório final não fazia qualquer referência a este dado. O BGH considerou que não valia aqui a sobredita excepção à exoneração do segurador, já que, num seguro automóvel, a omissão de danos precedentemente ocorridos num veículo segurado usado era *em geral apta a levar o segurador a prestar mais do que o valor efectivo do veículo e mais, portanto, do que efectivamente devia*; não interessava se o veículo tinha efectivamente ou não o valor constante do relatório (nm. 29). KARL MAIER, "Die Leistungsfreiheit...", cit., p. 91, dá-nos porém, conta de que, noutros casos, *quando o segurador se apercebesse da incorrecção das informações prestadas, tornando-se, como tal, inócua tal violação, de todo o modo a exoneração procederia*; assinalando o carácter problemático da questão, mas parecendo entender ser essa a solução à luz da jurisprudência em causa, THEO LANGHEID, "Die Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, 1. Teil: Allgemeine Vorschriften", *NJW*, 2007, pp. 3665-3672, p. 3669.

Na versão actual da VVG, a causalidade é colocada como requisito geral do accionamento das consequências do incumprimento de *Obliegenheiten*, sendo apenas dispensada nos casos de incumprimento com dolo qualificado (cfr o § 21, II, última frase, § 28, III, última frase, § 82, IV, última frase). A causalidade é configurada enquanto excepção que o segurado tem a faculdade de aduzir para paralisar a redução da prestação ou exoneração do segurador. Nos termos das várias disposições que acolhem a causalidade, facultou-se, pois, ao tomador fazer a contraprova de que o não acatamento não teve influência sobre (i) a ocorrência do sinistro ou (ii) a sua determinação, (iii) o estabelecimento do dever de prestar ou (iv) o âmbito deste dever. Não são, contudo, ainda pacíficos os termos em que deva valer a prova desta causalidade – se ao modo da sobredita jurisprudência,

verdade, quando o segurador *sempre cobrisse aquele risco agravado mediante cobrança dos mesmos prémios* – porque, na gestão da sua carteira, opera a mutualização desse risco menos gravoso com outros mais gravosos –, a violação do dever de comunicação seria para ele inócua.

Nos restantes casos de violação de deveres de informação, a lei exige – conquanto nem sempre nos mesmos termos – que *da violação resulte um dano para o segurador*.

A cadeia causal que se estabelece aqui une a *omissão ou informação deficiente* por parte do onerado a *uma decisão do credor da informação*, por sua vez causadora de certas desvantagens na esfera do segurador. Tratando-se aqui de deveres de informação postos a cargo do segurado para tutela de *interesses exclusivamente patrimoniais do segurador*, atinentes à prestação principal a cargo deste último¹²³⁶, apenas poderíamos encontrar um dano na sua esfera *quando este*

bastando que a violação seja em abstracto adequada a pôr em risco interesses legítimos do segurador, mormente no esclarecimento; ou se o segurador deve sofrer com a violação uma desvantagem concreta. O próprio legislador contribui para a manutenção do debate, já que, na fundamentação do projecto de nova VVG (ALEMANHA, *VVG-RegE*, cit., p. 69), em anotação ao § 28, aponta ora para um, ora para outro dos modelos. Assim, quando aí se começa por referir o apoio na "Relevanzrechtsprechung", parece querer-se incorporar o modelo mais lato do teste de acordo com o interesse legítimo no esclarecimento; quando se refere a prova da irrelevância da violação em conexão com o abandono das limitações a que a exigência de causalidade estava sujeita nos quadros da lei anterior, parece apontar-se para os efeitos concretos da violação da *Obliegenheit* no caso concreto (cfr. KARL MAIER, "Die Leistungsfreiheit...", cit., p. 91, e MICHAEL NUGEL, *Kürzungsquoten...* cit., pp. 42-43). Conquanto alguma doutrina (vg., THEO LANGHEID, "Die Reform...I", cit., p. 3669) e jurisprudência (cfr. obras citadas) se refiram ainda ao teste ao modo da "jurisprudência da relevância", esta posição é tido como minoritária.

Com efeito, a maioria da doutrina (KARL MAIER, "Die Leistungsfreiheit...", cit., pp. 91-92, MICHAEL NUGEL, *Kürzungsquoten...* cit., pp. 44-47; MANFRED WANDT, *VVG § 28*, cit., nm. 2942-95) e jurisprudência actuais (cfr. o ac. do KG, de 9.11.2010, 6 U 103/10, nm. 8 e ss., cuja factualidade descreveremos abaixo, em nota; veja-se ainda o ac. do LG de Dortmund, 2 O 8/10, que descrevemos acima, quanto à aplicação do teste à causalidade relativamente à violação do dever de descrição à polícia dos objectos sonogados), que considera que o legislador assentou, *quer no que toca às violações negligentes, quer no que toca às dolosas, num nexos causal concreto*, já que se reporta a *uma desvantagem sofrida pelo segurador* – devendo afastar-se o nexos causal *quando esta concretamente não ocorre*. Tal decorre não só da formulação da lei – que não aponta para uma mera colocação em risco do interesse no esclarecimento –, mas também do seu sentido e finalidade. Com efeito, se se exigisse, para a negação da causalidade favorável ao segurador, que a violação da *Obliegenheit* fosse em geral desadequada a lesar os interesses do segurador, então a própria finalidade da "Relevanzrechtsprechung", de suavizar a dureza das consequências do incumprimento, seria gorada. Por outro lado, a referência a uma causalidade concreta entre a violação do dever e a lesão de interesses do segurador garante-o também em medida suficiente. Este teste não preclui que, em caso de violação de deveres de notificação ou instrução por parte do segurado, *tal tenha no caso concreto, antes e independentemente da prestação, consequências sobre a determinação do dever de prestar ou sobre o seu âmbito* – por exemplo, porque se perdeu entretanto um meio de prova. Pelo contrário, quando a finalidade do dever de informação incumprido tenha sido alcançada por outro modo sem chegar a afectar os interesses do segurador – e quando não haja, claro está, dolo qualificado ("Arglist") no incumprimento –, fica tal incumprimento sem efeitos.

¹²³⁶ Não se trata, pois, aqui de uma das sedes em que o dever de informação sirva a tutela de bens da personalidade, como é o caso, à face da nossa ordem jurídica, quando se trate de deveres de

tivesse agido de modo diverso caso tivesse sido correctamente informado, sendo a actuação efectivamente adoptada *patrimonialmente desvantajosa face à situação hipotética que resultaria de uma cabal informação*¹²³⁷. Vejamos como tal se concretiza face às *fattispecie* em causa.

Perante o regime do agravamento do risco, a cadeia causal é complexa. Em primeiro lugar, urge que o agravamento influencie a ocorrência ou extensão do sinistro – bastando, novamente, que tal suceda no plano da concausalidade. Este mero agravamento, sem mais, não basta, porém, ao accionamento das consequências em causa. Para que haja lugar à redução ou perda da contraprestação, é necessário que efectivamente ocorra um sinistro influenciado por esse agravamento; e que, de acordo com as práticas do segurador, este efectivamente cobrasse prémios mais elevados nessa eventualidade. O que a lei faz é atribuir ao segurador um expediente de reparação natural que o coloca na posição em que este estaria se tivesse conhecido do agravamento a tempo e modificado o contrato de modo a pô-lo de acordo com as suas práticas. Deste modo se remove a *consequência desfavorável que adviria ao segurador se fosse obrigado a prestar na medida do risco agravado entretanto materializado*; perante a consequência da redução proporcional da sua prestação, tudo se passa como se o segurador tivesse tido ocasião de colocar o contrato em conformidade com as suas práticas, efectivas ou extrapoladas para a cobertura daquele risco. A solução mimetiza, pois, o que aconteceria se o segurador houvesse sido tempestivamente informado, proposto uma modificação do contrato, no sentido da redução do montante devido em caso de sinistro face à proporção entre os prémios cobrados e o risco coberto e esta tivesse sido aceite.

informação e esclarecimento devidos para efeitos de consentimento para acto médico. Há nestes casos a lesão de um bem jurídico autonomamente tutelado, violando-se, mesmo no caso de uma intervenção não devidamente consentida, mas realizada por médico ou pessoa legalmente autorizada, com finalidade terapêutica, por indicação médica e com respeito pelas *leges artis*, o direito à autodeterminação ou liberdade de decisão nos cuidados de saúde, com respaldo juspenalístico no art. 150.º do CPen, bem como, *no plano da ilicitude civil*, como é largamente admitido pela doutrina, o direito à integridade física (cfr. ORLANDO DE CARVALHO, "Teoria geral do Direito Civil", in *Teoria geral do Direito Civil*, FRANCISCO LIBERAL FERNANDES/MARIA RAQUEL GUIMARÃES/MARIA REGINA REDINHA (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 83-220, pp. 212-215; mais recentemente, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento...* cit., pp. 109 e ss.). Tão-pouco se trata da tutela autónoma de um espaço de auto-determinação, face aos processos massificados de actuação do segurador – cfr. SEBASTIAN KOLBE, "Vorsatz...", cit., pp. 552-553, e quanto diremos abaixo, em sede de distribuição do ónus da prova.

¹²³⁷ JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...* cit., p. 472, afirmando que não há dano se o lesado tivesse agido da mesma maneira sem a informação falsa.

O método de quantificação do dano encontra-se pré-fixado por lei – vimos atrás que não há margem interpretativa para permitir que o segurador se exima ao pagamento com a invocação de que nunca cobriria aquele tipo de risco. Para que se possa prevalecer dele, o segurador deve lograr demonstrar a concausalidade do agravamento para o sinistro, de acordo com os três testes *supra* mencionados; e deve ainda expor o prêmio que concretamente cobraria para um risco com aquelas características.

Desprovido de linhas rígidas de determinação do dano relevante, não espanta que o regime dos deveres de informação pós-sinistro levante problemas mais delicados. Lembremos que, aqui, em face da violação pelo menos culposa dos deveres de informação, o segurador tem direito à redução da prestação dos danos causados ou, em caso de incumprimento doloso, à exoneração, desde que a violação dos deveres determine para ele dano significativo. Este dano consiste, antes de mais, no desvio da prestação principal do segurador face à que por ele seria devida em caso de cumprimento cabal das exigências de conduta referidas. Bem se vê, pois, o problema que pode surgir desta conjugação, já *que tais exigências de conduta permitem ao segurador não só, quando pactuado, intervir na gestão do sinistro, como colocar o segurador em posição de saber se e em que medida deve prestar – inclusivamente averiguando da ocorrência de exceções à cobertura –, pelo que o incumprimento daquelas obstará não só à possibilidade de intervenção tempestiva, quando pactuada, como exactamente ao conhecimento da existência e medida do dano.*

Estaríamos, pois, em terreno fértil para a invocação das teorias da perda de *chance*, considerando que era nesta que consistia o dano pressuposto pela consequência jurídica. É assim que a doutrina francesa mobiliza a norma similar, prevista no *Cod. Ass.* para a hipótese de declaração tardia do sinistro, dada a força de que aí goza a teoria da *perte de chance*¹²³⁸. Com efeito, à sua luz, basta, nesta

¹²³⁸ Com efeito, no Direito francês, onde a figura da *perde de chance* obteve mais reconhecimento (JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Em torno do dano da perda de chance – algumas reflexões", in *Ars iudicandi, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, II, Direito privado*, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/J. J. GOMES CANOTILHO/JOSÉ DE FARIA COSTA (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 289-327, p. 294), é esse o enquadramento conatural destas questões – veja-se FABRICE LEDUC, "Déchéance...", cit., pp. 258 e ss.; tal quadra também com a mobilização da figura para resolver questões levantadas pela violação de deveres de informação (GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, LGDC, Paris, 2006, pp. 87-88 e 95-96). Mas também a referência surge num ordenamento onde a figura é em geral rejeitada – sem que

hipótese, ao segurador invocar a *perda da oportunidade de reduzir ou suprimir totalmente a prestação devida em caso de sinistro*. Os "garde-fous" que rodeiam a mobilização da figura em geral têm sido aqui concretizados pela jurisprudência numa tríplice vertente, orientada, dada a prevalência da aplicação da figura aos seguros de danos, sobretudo pela preclusão da possibilidade de o segurador intervir em sede de salvamento¹²³⁹. Em primeiro lugar, o segurador deve indicar quais as *medidas específicas que teria adoptado* se tivesse sido tempestivamente notificado; em segundo lugar, deve estabelecer que as medidas em causa *não podem ser já utilmente postas em prática* por força da notificação tardia do sinistro; em terceiro lugar, o segurador deve demonstrar que a *realização imediata das medidas comprometidas poderia ter tido influência sobre o próprio sinistro ou sobre a tomada a cargo das suas consequências*. Relativamente à aplicação deste último teste, LEDUC denuncia uma certa leniência dos tribunais, que não exigem verdadeiramente que a oportunidade perdida fosse séria, aceitando a pretensão do segurador desde que as medidas não actuadas pudessem hipoteticamente ter tido aquela incidência, e, conversamente, só a recusando quando for claro que a declaração tardia não teria a sobredita influência.

Face ao nosso Direito da responsabilidade civil geral, tem sido recusado o relevo da perda de *chance* como dano autónomo ou – o que é apenas ver a questão de outro prisma – como princípio de imputação causal autónomo, correspondendo ao cálculo de uma perda esperada ou à atribuição de uma causalidade meramente probabilística¹²⁴⁰. Tal redundaria em prescindir do requisito da causação de um dano, bastando-se com a criação de um risco e prescindindo da aferição de uma – ao menos, verosímil – relação de condicionalidade entre facto e dano¹²⁴¹. Se tal quadra

porém se veja nela um dano autónomo, sendo antes convocada enquanto tópico justificativo da previsão de consequências exoneratórias para a violação destes deveres – JÜRGEN PRÖLSS, "Künftige...", cit., p. 485.

¹²³⁹ FABRICE LEDUC, "Déchéance...", cit., pp. 258-259 e 259-261, e jurisprudência aí citada. Em particular, o autor dá conta de que a invocação tende a prosperar nos seguros de coisas, procedendo a invocação de que a intempestividade da notificação fez desaparecer uma oportunidade de recurso à sub-rogação, ou de levar a cabo uma inspecção ao local necessária a não fazer desaparecer meios de prova. A expressão entre aspas é de GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Les conditions...* cit., pp. 97 e ss., explicando a concretização da exigência, aqui central, de que a perda de *chance* seja real e séria, e não meramente hipotética.

¹²⁴⁰ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Em torno...", cit., pp. 317 e 323 e ss.; RUI CARDONA FERREIRA, "A perda de chance – análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática", *O Direito*, 1, 2012, pp. 29-58, p. 48.

¹²⁴¹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Em torno...", cit., pp. 316-317, 319, 325: utilizar-se-ia então a responsabilidade civil para prevenir e punir situações de perigo; PAULO MOTA PINTO, *Interesse...*, II, cit., p. 1105, em nota: tratar-se-ia então de uma protecção indemnizatória *contra os riscos*; RUI

com o Direito penal, não quadra já com o sentido reparatório próprio do Direito civil.

Ora, perante as normas em causa, e, em particular, a feição punitiva do regime da violação dolosa, pareceria, pois, ser esta a sede própria para fazer entrar a figura da perda de *chance* no ordenamento. Não parece, porém, que se deva fazê-lo. Desde logo, porque as normas do RJCS insistem nesta sede na categoria do dano – lembre-se a determinação de que o incumprimento do dever de comunicação do dano permanece inconsequente se o segurador tiver tido conhecimento do sinistro por outros meios (art. 101.º, n.º 3); e que apenas se permite a dedução de consequências da violação de uma exigência de conduta que não tenha tido efeito desfavorável na esfera do segurador nas situações de fraude (art. 94.º, n.º 1, c). E, sobretudo porque o sistema permite obter soluções adequadas através dos expedientes de inversão do ónus probatório ou de aligeiramento das exigências de prova¹²⁴². Mais do que por mera inércia sistemática, esta via justifica-se por, ao invés de partir de plano do que é, do óculo do nosso ordenamento, a ficção de um dano, se limitar a vir em auxílio da parte que enfrenta um estado de dificuldade probatória face aos factos que lhe são favoráveis, sem inibir à outra a sua refutação (e à primeira a contraprova), servindo com *maior respeito pela proporcionalidade* os desideratos da paz jurídica e verdade material.

Em primeiro lugar, face à perda de oportunidade de intervenção do segurador em sede de salvamento, quando tal estiver previsto no contrato, não é curial assentar à partida em que tal perda de oportunidade é em si um dano. Mesmo uma presunção de plano nesse sentido seria desajustada, dada a multiplicidade de feição das medidas em causa e a dependência da sua eficácia face à situação concreta. O segurador deve, pois, *fazer prova das medidas que adoptaria, bem como dos efeitos que estas tenderiam a produzir*¹²⁴³ – trata-se da prova de uma situação actual hipotética, não se podendo sequer dizer que esta tenha sempre o mesmo grau de

CARDONA FERREIRA, "A perda...", cit., pp. 52 e 57, não afastando nessa medida que a figura possa intervir em zonas da responsabilidade civil de relevo mais marcadamente punitivo, como a reparação de danos na pessoa.

¹²⁴² JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Em torno...", cit., pp. 323-324; PAULO MOTA PINTO, *Interesse...*, II, cit., pp. 1106, considerando que, face à indefensabilidade do instituto *de iure condito*, os problemas devem ser enquadrados em sede de distribuição do ónus da prova e de aligeiramento probatório.

¹²⁴³ Face à inversão do ónus da prova da causalidade de que se parte no ordenamento alemão, a jurisprudência teutónica insiste no dever do segurador de alegar os factos referidos em texto – veja-se MANFRED WANDT, *VVG* § 28, cit., nm. 295.

dificuldade. Vg., se o segurador dispõe de uma equipa especializada no controlo de danos causados por inundação doméstica, ser-lhe-á relativamente fácil substanciar a eficácia provável de uma intervenção atempada, dispondo dos dados da sua experiência passada. Ao segurado caberá, por sua vez, de acordo com os dados que possa fornecer a partir da sua situação em particular, rebater que as medidas pudessem ter tido eficácia, ou eficácia na extensão alegada. Nesta configuração, não estamos perante uma genuína inversão do ónus da prova, colocando por inteiro por sobre o segurado o ónus de provar que as medidas indicadas pelo segurador não teriam sido eficazes; o segurador sempre tem que substanciar as medidas concretas que adoptaria e a eficácia potencial da sua intervenção. Face à prova do dano derivado da falta de oportunidade de intervenção na gestão do sinistro, estamos, sim, perante um outro expediente de dispensa de prova, patente agora porém, num *aligeiramento probatório*¹²⁴⁴⁻¹²⁴⁵.

¹²⁴⁴ As exigências de certeza jurídica, bem como os patentes efeitos materiais das soluções de modificação da distribuição do risco de prova, exigem circunspeção no tocante à defesa de soluções de inversão do ónus probatório fora dos casos legalmente previstos. É a este propósito que a figura do aligeiramento probatório até à inversão do ónus da prova ("Beweiserleichterung bis hin zur Beweislastsumkehr"), desenvolvida pela jurisprudência do BGH – pela qual, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, o juiz procede a um aligeiramento probatório na medida do necessário, que pode ir até a uma verdadeira inversão do ónus – se expõe à crítica, mostrando uma assinalável fluidez (HANS-WILLI LAUMEN/HANNS PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast, Grundlagen*, cit., pp. 102 e ss.). A distribuição do ónus da prova deve obedecer a necessidades acrescidas de previsibilidade e certeza, e ser, como questão material que é, um dado estabelecido previamente ao processo. Se tal não veda o desenvolvimento jurisprudencial do Direito por esta via, impõe, porém, contenção e um esforço de estabelecimento de orientações claras para grupos de casos. A necessária tomada em consideração das situações de dificuldade probatória (correspondendo a uma situação em que uma parte, sem culpa sua, não logra identificar ou trazer ao processo o meio de prova adequado – HANNS PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme...* cit., p. 260) deve, sim, ter lugar à luz das competências de livre apreciação das provas dos tribunais (cfr. MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Noções...* cit., p. 203; JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito processual civil, III*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1980, pp. 205-208). É nessa sede que se pode justificar um abrandamento das exigências probatórias, na medida em que tal seja exigido para instaurar a igualdade de armas entre as partes processuais (MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "Sobre o ónus...", cit., pp. 140-142). Tal pode decorrer de um desnível de competências técnicas – nas hipóteses que analisamos em texto, decorreria já de um desnível informativo, atinente ao especial acesso do segurado à esfera material que o segurador não pôde perscrutar oportunamente. O aligeiramento probatório, correspondente a uma prova de primeira aparência, decorre da mobilização de presunções judiciais (ou naturais) pelo tribunal. Estas fundam-se numa "relação de probabilidade típica, estabelecida através de regras da experiência comum ou de regras técnicas entre um facto e a sua causa" (MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "Sobre o ónus...", cit., p. 141; veja-se também neste tema, com fundamentação muito cuidada, o ac. do TRL de 15 de Maio de 2014, Proc. n.º 475/10.O TVLSB.L1-2). A jurisprudência superior vem lançando amplamente mão das presunções judiciais em casos de dificuldade probatória. É recorrente o recurso a presunções judiciais para estabelecer o nexo de causalidade – ou concausalidade – entre a condução de veículo com taxa de alcoolémia superior à legal e a ocorrência de sinistros rodoviários (assim, o ac. do TRL de 22 de Novembro de 2007, Processo n.º 7441/2007-2, distinguindo porém entre presunção natural e presunção judicial; ou o ac. do STJ de 7 de Novembro de 2006, Processo n.º 06A2867). Em sede de responsabilidade civil médica, alguma jurisprudência, mais afoita, admitiu mesmo a inversão do ónus da prova da prestação de informação

Vejamos agora as situações em que, não estando em causa a intervenção em sede de salvamento, o segurador perde a oportunidade de recolher atempadamente informação que lhe permitiria *determinar as circunstâncias da ocorrência e evolução do sinistro, não logrando determinar qual deveria ser, no cenário hipotético de acesso à informação necessária, a prestação devida*. O segurador é aqui, pois, impedido de ter acesso à informação necessária a aferir da ocorrência de exclusões do risco, ou do incumprimento de exigências de conduta pelo segurado que pudessem interferir no montante da prestação.

Aqui, cabe ao segurador alegar, de modo especificado, as medidas de recolha de informação que teria solicitado ou adoptado, não fora o acto de incumprimento – cumprimento tardio, defeituoso, ou total abstenção – do segurado que o impediu de a tal proceder oportunamente¹²⁴⁶. Deverá então requerer a cooperação do segurado na prestação dessa informação – sendo a falta desta livremente valorada pelo tribunal e podendo, no limite, levar a uma inversão do ónus da prova com fundamento em impossibilitação culposa (art. 344.º, n.º 2, do CC)¹²⁴⁷.

necessária ao consentimento esclarecido para o acto médico (ac. do TRC de 11 de Novembro de 2014, Processo n.º 308/09.0TBCBR.C1, louvando-se na doutrina que considera o consentimento como causa de justificação da ilicitude da intervenção médica). A jurisprudência do STJ manifestou-se já contra essa solução, que considerou contrária à certeza jurídica e indutora de práticas de medicina defensiva, considerando adequada e suficiente a concessão de um aligeiramento probatório (ac. do STJ de 15 de Outubro de 2009, Processo n.º 08B1800).

¹²⁴⁵ Assim, aproximamo-nos do que resultaria de um funcionamento mais estrito da *parte de chance* para as hipóteses em causa, como pretendido por FABRICE LEDUC, "Déchéance...", cit., pp. 261-262, ficando-se na *seriedade da interferência das medidas que o segurador não pôde adoptar sobre a medida da sua prestação*. Também nos quadros propostos o segurador tem que *substanciar de modo similar a alegação de que a notificação tardia lhe causou dano*; a mera perda de oportunidade não é, porém, um dano, cabendo ao segurado fazer prova contrária a essa eficácia.

¹²⁴⁶ Mesmo que venha a ser invertido o ónus da prova, a parte interessada não fica dispensada de alegar os factos que lhe aproveitam (JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A acção declarativa comum à luz do Código revisto*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 197).

¹²⁴⁷ A jurisprudência é, nesta matéria, cautelosa (cfr., por exemplo, o ac. do STJ de 1 de Março de 2007, Processo n.º 06S3210; ac. do TRL de 15 de Maio de 2014, Proc. n.º 475/10.0TVLSB.L1-2), exigindo que ocorra genuína impossibilitação da prova, não bastando a sua mera dificuldade (assim, considera-se que não há impossibilidade quando a informação ou documento em falta pudesse ser obtida noutra local). A falta de cooperação de uma das partes processuais poderá, poderá constituir violação do seu dever de cooperação para a descoberta da verdade, devendo ser livremente apreciada pelo tribunal (arts. 7.º, 8.º e 417.º, n.ºs 1 e 2, do CPC; cfr. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito III*, cit., pp. 204-205; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo civil*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 185 e ss.). Poderá o tribunal havê-la como princípio de prova no sentido desfavorável à parte não cooperante, quanto à prova obstaculizada ou, no limite, considerar que corresponde a uma impossibilitação de prova, nos termos do art. 344.º, n.º 2. Quanto aos pressupostos subjectivos do regime, a jurisprudência é também restritiva, reportando-se a uma recusa intencional e culposa em colaborar (veja-se o citado ac. do STJ de 1 de Março de 2007). A apreciação é, porém, mais complexiva do que aparentaria. Assim, a jurisprudência constante do STJ (cfr. apenas o ac. do STJ de 16 de Outubro de 2012, Processo n.º 194/08.7TBAGN.C1.S1 e arestos aí citados) tem procedido à inversão do ónus da prova nas acções de investigação da paternidade quando o R. se recusa a sujeitar-se a exame biológico, argumentando-se com a elevadíssima probabilidade com que, por

Com efeito, a mera passagem do tempo poderá não ter prejudicado a prova, não pondo em causa a *credibilidade da ocorrência do sinistro e dos seus termos* – vg., porque o segurado entrega no processo judicial o seu *dossier* clínico, que documenta toda a evolução do dano¹²⁴⁸; ou porque, face a um seguro de capitais, a informação solicitada é irrelevante para a determinação da medida da prestação¹²⁴⁹. Pelo contrário, a falta de cooperação processual do segurado na apresentação de elementos relevantes poderá levar, como se disse, à inversão do ónus probatório.

Resta saber o que ocorre quando o segurado se mostra disponível para colaborar, mas a própria passagem do tempo prejudica ou impossibilita mesmo o apuramento das circunstâncias reais. Parece-nos que novamente aí estará em causa a intervenção dos poderes de livre apreciação das provas pelo tribunal, suscitando-se uma *reposição da igualdade entre a posição das partes processuais*, face à *supremacia que o segurado tinha no acesso, preservação e transmissão do material probatório*, contraposta à situação de fragilidade do segurador face à possibilidade de fazer valer os seus direitos. Deverá, pois, o tribunal proceder aqui a um abrandamento das exigências probatórias, ou, no limite, face à *efectiva impossibilidade de fazer prova de factos que se afigurem relevantes*, proceder à inversão do ónus probatório, por valer ainda a *ratio* do art. 344.º, n.º 2¹²⁵⁰. Com

intermédio de tais exames, se estabelece a paternidade, por contraste com o carácter dúbio de outros meios de prova.

¹²⁴⁸ Assim, no ordenamento francês, FABRICE LEDUC, "Déchéance...", cit., pp. 259-261, e jurisprudência aí citada.

¹²⁴⁹ Cfr. o ac do TRL de 26 de Fevereiro de 2013, Processo n.º 411/10.3TBTVD.L1-7, salientando que não há dano por o valor relevante ser o valor em dívida ao Banco à data do sinistro.

¹²⁵⁰ A jurisprudência alemã tem mesmo ido mais longe, *considerando que*, nestas hipóteses em que a violação do dever de esclarecimento ou cooperação *compromete em definitivo a sua finalidade*, não podendo esta ser salvaguardada por solicitação de novo esclarecimento ao tomador, por exemplo, porque se perdeu entretanto um meio de prova, se está perante a *produção de um dano concreto na esfera do segurador*, afirmando que esta situação não está reservada para os casos em que o segurador tenha efectivamente prestado. Exemplar é o ac. do BGH de 7.7.2004, IV ZR 265/03. Estava em causa um seguro com cobertura de roubo ou furto de veículo. Na sequência da notificação de furto do veículo, o segurado, apesar de várias vezes instado para o efeito, nunca entregou a chave do veículo ao segurador, insistindo em entregá-la apenas contra o pagamento da prestação seguradora. O segurador veio então invocar o incumprimento dessa "Obliegenheit" como fundamento para a "Leistungsfreiheit", dando o BGH procedência à sua pretensão. Considerou o tribunal (ponto 3.) que não procediam aqui os pressupostos da "Relevanzrechtsprechung", já que esta só valia para hipóteses em que a violação não tivesse tido consequências, o que cumpria ao tomador provar. Ora, neste caso, tal inocuidade nem tinha sido provada, nem estava à vista, *tendo, pelo contrário, o incumprimento provocado desvantagens ao segurador na determinação do sinistro e do alcance das suas consequências*. Com efeito, conforme o segurador tinha aliás comunicado ao segurado num dos pedidos lhe havia dirigido, a entrega da chave era necessária para que lhe fosse realizada uma peritagem para detectar vestígios de que a chave tivesse sido copiada – o que poderia por sua vez apontar para a entrega de uma cópia pelo segurado a um terceiro para efeitos de simulação do sinistro –, ou para garantir que o segurado a tinha em seu poder e não a tinha entregue a um terceiro para efeitos de simulação do sinistro. O atraso neste envio inviabilizava a prova que se

efeito, à luz deste preceito, basta que a parte tenha *culposamente tornado tal prova impossível ao originariamente onerado*. É a esse *facto objectivo* que aqui se responde, cumprindo aferir da ocorrência de – pelo menos – negligência da parte do segurado¹²⁵¹.

Deste conjunto, resulta a gravosidade das consequências do não cumprimento do dever de informar face à manutenção dos direitos que o segurado retira da cobertura. Justifica-se, pois, um *especial dever de esclarecimento* da parte do segurador quanto ao potencial alcance do incumprimento dos deveres de informação pós-sinistro¹²⁵² – muito especialmente se o seu cumprimento condicionar, nos termos do contrato, a intervenção do segurador nas operações de gestão do sinistro –

queria por aqui fazer, já que dava tempo ao segurado, caso este tivesse entregue a chave a um terceiro para efeitos de simulação do sinistro, de a receber novamente. *O tribunal não se limita, pois, a concluir pelo carácter desvantajoso (hoc sensu, danoso) do incumprimento por falta de prova contrária do segurado; pelo contrário, retira dos factos assentes a conclusão por tal carácter danoso*. Note-se ainda que – conquanto o tribunal não se tenha escudado em tal aparência – era sugestiva, face à factualidade, a hipótese de fraude seguradora – além do mais, porque a viatura tinha entretanto reaparecido.

¹²⁵¹ A fundamentação da norma não é pacífica, com reflexos a nível do pressuposto da culpa. Assim, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Provas (Direito probatório material)", *BMJ*, 1961, pp. 61-256, pp. 155 e ss., e especialmente pp. 164-165, na esteira de ARWED BLOMEYER, "Die Umkehr der Beweislast", *AcP*, 2-3, 1959/1960, pp. 97-106, pp. 99 e ss. e 106 (conquanto o autor alemão requeira como pressuposto da aplicação da regra um dever pré-processual de direito material de conservação daquele meio de prova, aspecto que na apreciação do autor português é apenas aflorado), considera que se trata aí de uma ideia de auto-responsabilidade, assentando no pressuposto da culpa, aferida de modo similar à contratual: se um sujeito, ou os seus auxiliares de modo que lhe seja imputável, culposamente torna impossível a prova à contraparte, não é exigível a esta outra que a faça, invertendo-se o ónus da prova. Já JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Manual do processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pp. 466-467, apela aqui a um fundamento tanto punitivo, como de recepção normativa do encadeamento da normalidade das situações, em que a parte não onerada destrói um meio de prova por lhe ser desfavorável – o que militaria, embora o autor o não refira, pela formulação de exigências agravadas de culpa. Por sua vez, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes...* cit., pp. 226-227, aproxima-se novamente da linha de Vaz Serra. Face à dureza de tal inversão perante uma actuação meramente negligente, o autor redargui que o escopo da lei não é aqui sobretudo o de sancionar a conduta do sujeito, mas sim o de afrontar o *facto objectivo* de tal prova ter sido impossibilitada. Estas situações não se confundem com aquelas em que a parte se recusa a prestar a devida colaboração com a administração da justiça, cujas consequências se encontram previstas na lei processual. Além da aplicação de multa, decreta-se a livre apreciação da recusa para efeitos probatórios – donde resulta que a recusa vale aí, diferentemente, como começo de prova. A doutrina alemã mais recente tende a enquadrar esta norma – nesse sistema, não legalmente positivada – no instituto do abuso do direito, rejeitando que se verifiquem os seus pressupostos quando haja um motivo legítimo para a frustração da prova (vg., protecção de segredo industrial) – HANS-WILLI LAUMEN/HANNS PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast, Grundlagen*, cit., p. 246. Também não nos parece que o sentido da norma requeira uma sua releitura punitiva, sendo a impossibilitação negligente da prova base bastante para proteger a parte contrária.

¹²⁵² Art. 6.º, n.º 1, do RJCCG, aludindo a um dever de informação que tem, porém, a estrutura de dever de esclarecimento, fazendo assentar a iniciativa na prestação de informação por sobre o seu devedor e colimando tal actuação à prevenção de que a contraparte actue, por falta de informação, de modo contrário aos seus próprios interesses (JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...* cit., pp. 359 e 360)

, sob pena de se constituir em responsabilidade civil para com o segurado (arts. 18.º e 23.º, n.º 1, do RJCS). É defensável que, em caso de incumprimento, haja lugar à preclusão do direito do segurador, a título de reparação natural do dano assim causado ao segurado.

Questão diversa que se coloca também no âmbito deste regime é a atinente aos casos em que há incumprimento doloso mas este permanece inconsequente para o segurador. Pense-se nos casos em que o segurador, através das peritagens efectuadas em sede de regularização do sinistro, detecta a incorrecção das informações prestadas, não chegando, como tal, a sofrer concretamente danos por força destas¹²⁵³. À face do sistema do RJCS, fincado em geral na produção de dano, parece indiscutível que, nestes casos, perante uma violação com dolo simples, o segurador não se exime ao dever de prestar. Não deixando de ter uma índole preventivo-repressiva acentuada, o *sistema não sanciona a mera tentativa*, sempre requerendo que o segurador prove que sofreu dano significativo.

Esta resposta, aparentemente linear, não deixa porém de causar desconforto ao intérprete, dada o incentivo à fraude que propicia¹²⁵⁴⁻¹²⁵⁵. Colocar-se-ia, pois, a questão de saber se, apesar de o RJCS nada dizer a este propósito, se deveria aqui diferenciar entre hipóteses de dolo simples e de dolo qualificado¹²⁵⁶. É isso mesmo

¹²⁵³ Foi esta a questão tratada no ac. do KG, de 9.11.2010, 6 U 103/10. Estava em causa a violação de um dever de informação em relação à quilometragem prévia de um veículo; porém, o segurador pôde constatar esta quilometragem real por leitura do contador de quilómetros do veículo, antes de tomar qualquer decisão que pudesse afectar o montante da sua prestação. Considerando que a violação não tinha sido determinada por dolo qualificado ("arglistig") ou provocado qualquer dano ao segurador, o tribunal considerou estabelecida a contraprova prevista no § 28, III.

¹²⁵⁴ Exprimindo desconforto similar, aparentemente mesmo em relação ao dolo simples, KARL MAIER, "Die Leistungsfreiheit...", cit., p. 92; defendendo *de iure condendo* a exoneração total quando e na medida em que houvesse dolo de causar prejuízo ao segurador, nas hipóteses em que a violação ficasse inconsequente, JÜRGEN PRÖLSS, "Künftige...", cit., p. 488. Divergentemente, face ao ordenamento espanhol, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Art. 17...", cit., pp. 420-421. Embora o art. 17.2 literalmente retire consequências do mero elemento subjectivo – apenas alude ao incumprimento com manifesta intenção de prejudicar ou enganar o segurador –, o autor considera que a consequência jurídica não pode vir dissociada do dano; os argumentos usados são, porém, sistemáticos e literais, relevando o facto de o 17.2 se referir a "este incumprimento", devendo entender-se que esse é o referido no 17.1, que exige a danosidade.

¹²⁵⁵ A propósito do regime da declaração inicial do risco, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "O dever de informação do (candidato a) tomador...", cit., pp. 398-399, considera excessiva a importância dada pelo RJCS à tentativa de fraude, rodeando-a de um regime punitivo. Segundo o autor, se o segurador se apercebe da tentativa de fraude, não chegando a sofrer qualquer dano, e mesmo assim decide celebrar o contrato com certo conteúdo, não se vê porque há-de poder depois afinal invocar o dolo do tomador. Tal marca desde logo certa distância relativamente às situações em texto: nestas, o segurador não reafirma a sua confiança no declarante através de um acto negocial, estando directamente em causa saber se deve ou não prestar.

¹²⁵⁶ Não serve, nestas hipóteses, o apelo à norma penal sobre burla seguradora, já que a mera

que faz a VVG que, nos vários preceitos em que permite a contraprova da ausência da causalidade, fá-lo apenas para as hipóteses de dolo simples, separando-as das hipóteses de dolo qualificado ("Arglist"). Face à questão, há margem para invocação do abuso do direito do segurado, por violação do parâmetro *tu quoque*. Tal supõe não só o dolo com propósito de obtenção de vantagem patrimonial à custa do segurador, como, à luz do fundamento material de desequilíbrio das posições em que o parâmetro se louva, que a vantagem procurada seja razoavelmente significativa. Permanece ainda de todo o modo disponível o remédio resolutório, face à quebra de confiança que assim se induz.

D. Distribuição do ónus da prova

a. Introdução e justificação da metodologia

Resta apurar como se deve distribuir o ónus da prova objectivo relativamente aos pressupostos para fazer operar os remédios disponíveis.

O regime especificamente previsto no RJCS deve, naturalmente, estar no centro da argumentação votada a determinar a distribuição do ónus da prova dos requisitos do accionamento das suas normas é ainda determinar o seu regime jurídico-material. Não basta, porém, atentar neste regime: é essencial manter um diálogo com as *valorações aliadas à determinação da distribuição do ónus da prova dos requisitos para accionar os regimes gerais previstos para o incumprimento de exigências de conduta colocadas em relações jurídicas especiais*¹²⁵⁷.

tentativa, relevante em sede penal, não pode relevar em sede civil.

¹²⁵⁷ Pelo que dizemos de seguida, não acompanhamos a posição de PETRA POHLMANN, "Beweislast...", cit., pp. 107-108, quando rejeita a mobilização de argumentos atinentes à distribuição do ónus da prova relativamente à violação de deveres em geral para a sede seguradora. Poderá, claro está, proceder o argumento da especialidade do sistema de sancionamento das *Obliegenheiten* regulado na VVG, assente na formação de quotas de culpa. Mas não nos parece de esgrimir com diferenças de natureza jurídica entre ónus e dever: os argumentos de imputação de riscos de prova que são mobilizados em sede geral – e que, aliás, a autora refere ao longo do texto – podem também ser convocados aqui. Face a eles, a presunção que vale em sede geral serve não como critério a-problemático, mas como âncora discursiva, apontando uma solução que, como se dirá já de seguida em texto, não vale por inteiro sequer para todas as hipóteses de genuínos deveres especiais. De resto, a presunção geral de culpa não vem apenas associada a consequências indemnizatórias, ao contrário do que o pretende a autora; vale para todos os remédios que supuserem a culpa (pense-se numa resolução por justa causa que assente na culpa). Não nos parece como tal especialmente útil a recolha de argumentos junto de normas que consagrem posições jurídicas qualificáveis como ónus. A variedade das figuras é grande, tendo a transposição sabor conceptualista – assim, vg., de pouco serve compulsar o regime da culpa do lesado, que se dirige também a situações de responsabilidade aquiliana. Não discordamos de que o legislador pode usar em particular na distribuição do ónus da

Com efeito, a interpretação dos preceitos para determinação da distribuição do ónus da prova não se basta com a pura análise sintáctica dos preceitos do RJCS, ao jeito rosenberguiano. Este não seria um ponto de partida sadio – a um nível mais superficial, por não se poder supor aqui a integração de juízos de distribuição de riscos de prova na redacção das normas. E, sobretudo, por se tratar de uma tarefa de realização do Direito, face à qual a letra da lei apenas pode valer como ponto de partida, *havendo que perscrutar as valorações que podem militar a favor ou contra determinada distribuição*¹²⁵⁸. É esse debate de fundamentos que se faz, aliás, notar na matéria análoga do incumprimento de deveres especiais, e que tem levado a uma evolução no alcance atribuído à norma de relevo especificamente jus-probatório contida no art. 799.º, n.º 1, do CC.

A necessidade de um tal diálogo com o centro do sistema é reforçada se se admitir, como aqui o fazemos, que à violação destes deveres podem vir associadas outras consequências que não as especificamente reguladas no RJCS – havendo então que dialogar com os juízos atinentes à prova dos seus requisitos de funcionamento. Por último, impõe tal metodologia a questão de grande importância prática da previsão nas apólices de exigências de conduta ligadas ao risco, diversas dos regimes regulados no RJCS. Não se podendo sem mais retirar da redacção da apólice um juízo de distribuição do ónus da prova num ou noutro sentido, tal alocação pressupõe que se tenham presentes as hipóteses possíveis de distribuição do risco probatório e os argumentos que as sustentam.

b. Alcance e sentido do art. 799.º, n.º 1, do CC, na sua aplicação a deveres de consideração

Começamos, pois, por estabelecer quais os juízos cardinais do ordenamento nacional em matéria de não cumprimento de deveres especiais – o que, face ao que aqui está especialmente em causa, postula questionar a aplicação do art. 799.º, n.º 1, do CC aos deveres de consideração.

Literalmente, o artigo apenas se aplicaria ao incumprimento de obrigações – ou seja, ao incumprimento dos deveres de prestação, principais ou deles acessórios, e não ao incumprimento de deveres laterais. Vem já de longe porém a defesa de que

prova da culpa de um instrumento flexível de modelação do regime. Tal não é, porém, privativo das *Obliegenheiten*; e é em todo o caso vincado no regime alemão, mas não no nacional.

¹²⁵⁸ Assim, para além da doutrina germânica inicialmente citada, SALVATORE PATTI, *Le prove*, cit., pp. 120-121.

a presunção ínsita no art. 799.º, n.º 1, deveria aplicar-se ao incumprimento de deveres laterais, já que estaríamos perante uma manifestação do regime do cumprimento defeituoso – valendo, como tal, aqui o regime previsto para o incumprimento *lato sensu*¹²⁵⁹. Tal não parece merecer grande discussão, dada a opção tomada *ab initio* pela nossa lei de incluir o cumprimento defeituoso entre as formas de incumprimento *lato sensu*. A discussão reacende-se, porém, logo, se lembrarmos que é *controvertido o próprio alcance desta presunção* – tanto em sede aos deveres de prestação, como em relação aos deveres de consideração.

A posição tradicional defende haver aqui uma mera presunção de culpa, cabendo, como tal, ao credor a prova do desvio face à conduta devida e do seu carácter ilícito, bem como do dano causado e da sua causalidade. Desta destacou-se, em tese isolada, MENEZES CORDEIRO, explicando a presunção do 799.º, n.º 1, como um legado da doutrina francesa, reportado à *faute*, enquanto amálgama de ilicitude e de culpa¹²⁶⁰. Trata-se de posição isolada, pelo excessivo lastro histórico e sua questionabilidade bem como, sobretudo, por, dada essa linha argumentativa, não colocar no plano dos fundamentos materiais a discussão em torno do acolhimento de uma presunção alargada, acabando por insistir numa presunção de ilicitude que pouco adianta face ao que vale na responsabilidade delitual.

Com efeito, desligada de uma distinção clara entre a causalidade fundamentadora e a preenchedora da responsabilidade, a que a doutrina francesa não procede cabalmente¹²⁶¹, a discussão falha o alvo. A doutrina nacional que de

¹²⁵⁹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão...* cit., p. 406, em nota, afirmando simplesmente que, constituindo o incumprimento de deveres laterais uma das hipóteses de incumprimento em sentido lato, na modalidade de cumprimento defeituoso, devia valer aqui o regime da responsabilidade contratual quanto ao ónus de prova da culpa e à responsabilidade pela actuação dos representantes legais ou auxiliares. Quanto aos deveres de protecção (da pessoa ou património da contraparte) em particular, pp. 409-410; cfr. ainda ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas...*, cit., p. 428.

¹²⁶⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores de sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 464 e ss., especialmente 469-470.

¹²⁶¹ A falta de clareza desta distinção é visível, vg., no pensamento de RENÉ SAVATIER, *Précis économique de la théorie des obligations, Les créances dans leur double vision juridique et économique*, Dalloz, Paris, 1974, pp. 194-196, quando afirma que, em face da não verificação do resultado, o credor escusa de provar o dano, presumindo-se que o prejuízo do credor corresponde ao valor da prestação prometida mas não realizada. Já em sede de obrigações de meios apenas se promete um cuidado diligente, tendo o credor que se crê lesado que provar o desvio face a essa diligência devida, bem como a relação causal entre tal desvio e um dano causado. Uma vez que o resultado prometido fornece também a medida do dano causado, *o teste de causalidade combina facetas de causalidade de fundamentação e de preenchimento da responsabilidade*. Savatier transpõe este raciocínio para a sede geral delitual, considerando que, havendo um dever específico, a não adopção do que ele prescreve constitui violação de uma obrigação de resultado e faz presumir a *faute*, considerando o autor que nestes casos se presume a liberdade moral de proceder assim 287-288 e 292 – tal não corresponde à concepção originária de RENÉ DEMOGUE, *Traité...* V cit., pp. 542-

um modo mais probante tem debatido o alcance da presunção relativamente a deveres de consideração – referimo-nos a CARNEIRO DA FRADA¹²⁶² – fá-lo em diálogo com a doutrina alemã, convocando argumentos materiais de distribuição do ónus probatório face à destrição entre deveres ligados a um resultado e deveres com estrutura de obrigações de meios.

A questão notoriamente mais melindrosa é a de saber se vale aqui uma presunção alargada de imputação do incumprimento, mais do que uma mera presunção de culpa. É esta a questão que na ordem jurídica tudesca se tem debatido em relação às violações positivas do contrato, quer por apelo a argumentos de facilidade ou dificuldade probatória, materializados na identificação de esferas de risco, quer, crescentemente, com esteio na dicotomia deveres ligados a uma conduta vs. deveres ligados a um resultado, que bebe na dicotomia francesa "obligations de moyens" vs. "obligations de résultat"¹²⁶³. As diferenças face a esta dicotomia não deixam, porém, de ser patentes: o critério de avaliação da imputação subjectiva é o mesmo num caso e noutro, colocando-se a diferença de tratamento no plano probatório – e abrangendo aí a componente da causalidade de fundamentação e da ilicitude¹²⁶⁴. Acresce que a distinção é levada também para o campo dos deveres de consideração – ao passo que a jurisprudência francesa tem preferido construir a "obligation de sécurité" por interpretação do conteúdo dos deveres principais de prestação¹²⁶⁵.

Visitaremos brevemente as suas tomadas de posição que, além de permitirem o debate da *ratio* subjacente à construção dos juízos de alocação de riscos probatórios, lançam ainda claridade sobre o diálogo que se vem mantendo com o

543, que considera que a responsabilidade delitual gera obrigações de resultado quando estiver em causa uma responsabilidade pelo risco ou por culpa presumida. De resto, FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMMLER/YVES LEQUETTE, *Obligations*, cit., nm. 578, dá-nos conta de que a distinção tem actualmente efeitos relativamente à distribuição do ónus probatório maioritariamente em sede contratual.

¹²⁶² MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres...* cit., sobretudo pp. 333 e ss., e posteriormente MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria...* cit., pp. 301-306, em nota, quanto à extensão da presunção contida no art. 799.º, n.º 1, com reafirmação das posições adoptadas.

¹²⁶³ Alinhando estas várias vias de enquadramento e destacando a última, WOLFGANG ERNST, "BGB § 280", *MüKo BGB, II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, §§ 241-432, WOLFGANG KRÜGER (coord.), C. H. Beck, Munique, 2012, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 20.05.2015), nm. 138; na doutrina nacional, retoma estas reflexões MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres...* cit., sobretudo pp. 333 e ss., e posteriormente MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria...* cit., pp. 301-306, em nota, quanto à extensão da presunção contida no art. 799.º, n.º 1, com reafirmação das posições adoptadas.

¹²⁶⁴ HANS STOLL, "Haftungsverlagerung..." cit., p. 153; ROLAND SCHWARZE, "§ 280", cit., p. 586.

¹²⁶⁵ KLAUS HEINEMANN, *Die Beweislastverteilung...* cit., pp. 177-178; FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMMLER/YVES LEQUETTE, *Obligations*, cit., nm. 568

ordenamento alemão, permitindo situar nele correctamente os juízos efectuados pela VVG.

aa) Excurso comparatístico

À luz da versão anterior das normas do BGB, eram centrais as normas constantes dos §§ 282 e 285, das quais, decorria, respectivamente, uma presunção de imputabilidade da impossibilidade de cumprimento ou da mora. Punha-se, pois, desde logo, a questão de saber em que medida podiam estas regras valer quanto à regulação da violação positiva do contrato – que, mais ainda, ao tempo se entendia ser uma lacuna de regulação do BGB. Para quem considerasse que as ditas normas consagravam uma mera presunção de culpa do devedor, a sua transposição para a generalidade dos casos de incumprimento *lato sensu* não se mostrava problemática. Era o caso de RAAPE, cujo pensamento manteve uma influência considerável nas décadas centrais do séc. XX¹²⁶⁶. Na síntese proposta pelo autor, "o credor deve provar a ilicitude objectiva, o devedor deve provar a falta de ilicitude subjectiva": o credor prova a criação de um estado de coisas materialmente ilícito e o devedor prova que lhe não era imputável a título de culpa tal estado de coisas, *não merecendo as violações positivas do contrato mais do que um prolongamento da regra geral*¹²⁶⁷. Considera-se que em todos estes casos procedem argumentos que determinam que caiba ao devedor em geral a prova da ausência de culpa: é *este quem "conhece melhor os seus assuntos"* – tendo maiores possibilidades de esclarecer que usou da diligência devida, do que o credor tem de estabelecer que o devedor podia e devia ter actuado de outro modo. Por outro lado (num argumento porém manifestamente empírico), tratando-se de um dever jurídico especial, assumido para com um sujeito determinado, deveria o devedor, em caso de falta ao dever, comparecer perante o seu credor a justificar-se¹²⁶⁸.

¹²⁶⁶ MANFRED LÖWISCH, "BGB § 282", in *Staudinger BGB, II, Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 255-327 MANFRED LÖWISCH (coord.), J. Schweitzer, Berlim, 1979, pp. 100-109; KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., pp. 371-372.

¹²⁶⁷ LEO RAAPE, "Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung: Zugleich ein Beitrag zur Überlassung von Sachen von gefährdender Beschaffenheit", *AcP*, 3, 1941, pp. 217-289, *passim* e pp. 218 e 223-224, 242 e 288-289.

¹²⁶⁸ LEO RAAPE, "Die Beweislast...", cit., pp. 222 e 231-233 e 242. O *sabor acentuadamente empírico* do segundo argumento torna-se mais sensível quando ele é primeiramente aduzido: segundo Raape, tal como nas relações de cortesia, cabia a quem tivesse cometido um desagravo a outrem comparecer junto deste a justificar-se (p. 222). Saliente-se que, em termos de argumentação jus-positiva, o autor argumenta relativamente aos casos de danos causados pelo objecto da prestação mediante convocação analógica do regime do § 694 do BGB atinente à responsabilidade do depositante por danos causados ao depositário pela coisa depositada.

À luz desta leitura das normas sobre distribuição do ónus probatório, as questões cuja prova é mais difícil nas hipóteses de violação de deveres de consideração – a da *existência e violação de um dever de consideração*, bem como da *sua causalidade face à lesão* – são deixadas a cargo do respectivo credor¹²⁶⁹. Se este lograr ultrapassar esses dois verdadeiros obstáculos à materialidade do seu direito, pouco virá então acrescentar a presunção de culpa, num ordenamento onde tal juízo se encontra quase totalmente objectivizado. Assim, perante tal leitura destas normas, a jurisprudência veio em auxílio do credor de um dever de consideração – *maxime*, de protecção – que sofresse danos na vigência do contrato, *invertendo o ónus da prova a seu favor com base em argumentos de repartição de esferas de risco*.

Num passo logicamente prévio, face a alguns tipos contratuais, o BGH foi ao ponto de proceder ao alargamento dos próprios deveres de prestação, integrando nestes *um dever de prevenção do dano na pessoa ou coisa em causa* – foi o que ocorreu nos contratos de transporte e de depósito, considerando-se que aí o *dever principal* de prestação compreende o dever de manter a pessoa ou a coisa em causa incólume¹²⁷⁰. Como salienta LARENZ, estando-se perante uma violação de um dever principal de prestação, vale aqui directamente a presunção do § 282 – o que ao mesmo tempo patenteia que se trata ainda de uma responsabilidade a título de culpa¹²⁷¹.

Noutros casos, em que se tratava de *deveres não de prevenção de um resultado*, mas de *mera adopção de uma conduta*, os tribunais procederam ainda a

¹²⁶⁹ Cfr. LEO RAAPE, "Die Beweislast...", cit., por exemplo, a propósito de casos de "Begleitschaden", pp. 231-232 – o credor lesado deveria provar que a coisa vendida *era apta a causar um dano com que o comprador não deveria contar ao abrigo do contrato, tendo-se este dano produzido* (Selterswasserfall: o líquido vendido como água gaseificada era afinal um ácido) – e 254-255 – *cabe ao prestador do serviço lesado provar a aptidão danosa das instalações*, bem como que *delas resultou para si um dano* (sendo porém aqui auxiliado pela suficiência de uma prova de primeira aparência). Note-se, porém, que, em casos de *violação do interesse na integridade com danos no próprio objecto do contrato* – vg., o livro cedido em comodato encontra-se danificado aquando da restituição –, que o autor qualifica como situações de "impossibilidade qualitativa parcial" e não como situações de violação positiva do contrato, *o autor já não exige porém a prova da causalidade fundamentadora*: basta ao dono do livro provar o estado objectivamente danificado do livro "so ist kein Zweifel, daß der Gläubiger, der deswegen Schadensersatz fordert, genug getan hat, wenn er diese objektiv Tatsache der Beschädigung nachgewiesen hat". Teria depois o comodatário que se exonerar. Note-se que o carácter controverso da qualificação como situação de "impossibilidade qualitativa parcial" de uma constelação que outros teriam como de violação positiva do contrato não é questão que embarace o autor. Antes a invoca para escorar a sua posição: quem visse aqui uma violação positiva do contrato logo tinha que admitir que aqui procedia a extensão da distribuição do ónus da prova feita pelos §§ 282 e 285.

¹²⁷⁰ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 373.

¹²⁷¹ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 373-374.

verdadeiras inversões do ónus da prova¹²⁷². Trata-se de situações em que o credor não logra provar a violação de um dever de conduta, nem todo o processo causal conducente à lesão, mas *as circunstâncias indiciam ter havido tal violação e as possibilidades de prova falham exactamente porque o processo causal decorre numa esfera dominada pelo devedor, que o credor não consegue escrutinar*. Nestas hipóteses, foi-se admitindo uma atribuição do ónus da prova de acordo com as esferas de risco – primeiro, de modo restrito a certos tipos contratuais, mas acabando por se tornar um expediente de alcance geral. O credor lesado, deve então deixar *indiciada a violação de um dever de cuidado ou de uma falha da organização do devedor e provar ainda que a causa do dano proveio de uma esfera de risco pela qual na dúvida o devedor é responsável*. Opera então uma verdadeira inversão do ónus da prova, que só se rebate perante prova do facto contrário¹²⁷³.

Já quem descortinava nos ditos §§ 282 e 285 repositórios, no tocante aos casos directamente tratados pelas normas, de uma presunção alargada de causalidade fundamentadora da responsabilidade, ilicitude e, com menos relevância prática, de culpa, deixaria de poder mobilizar tais normas de modo a-problemático. Estas normas tornavam-se então candidatas a escorar – em lugar do apelo à construção mais difusa das esferas de risco – a tutela probatória carecida pelo credor em sede de violação de deveres de consideração.

Com efeito, invoca-se que é uma presunção alargada que na verdade se faz funcionar quando se faz *decorrer do simples facto da prova da impossibilidade ou mora a consequência da responsabilização do devedor*, salvo quando este prove que o não cumprimento lhe não é imputável. Como LARENZ vinca bem, o facto de *o resultado pactuado não se ter definitivamente realizado não constitui em si um ilícito*: ilícito só o poderia ser *quando imputável a uma conduta*, do devedor ou dos seus auxiliares¹²⁷⁴. Ao extrair daquela prova tamanhas consequências, está na verdade a *presumir-se muito mais do que a negligência do devedor*: estabelece-se antes disso, e decisivamente, que tal incumprimento definitivo da prestação se deve a um facto do devedor ou seus auxiliares – e não foi causado, vg., por terceiro ou

¹²⁷² KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., pp. 373-375.

¹²⁷³ A mera prova de primeira aparência, com menor alcance – cede ante a prova de que outras causas do dano eram também possíveis – também é aqui usada, quando se trata de estabelecer se a causa do dano se situa na esfera de domínio ou de organização do devedor (*Herrschafts- oder Organisationsbereich*).

¹²⁷⁴ Por todos, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., pp. 371-372.

por fenómeno da natureza –, e que tal é ilícito. E é essa presunção alargada – e não a presunção de culpa, num ordenamento onde tal juízo se encontra em grande medida objectivizado – que vem dar consistência decisiva *ao direito do credor ao qual foi prometida uma prestação*; são as demais presunções que o desoneram de fazer prova negativa de outras causas da impossibilidade ou mora que não um facto imputável ao credor, temperando o fio à lâmina que com o reconhecimento da sua posição de credor lhe é posta na mão¹²⁷⁵. E procedem tanto como em sede de culpa os argumentos para a atribuição do risco probatório ao devedor. Tal falta do resultado que se deveria ter produzido ao abrigo de um vínculo especial, ou o atraso neste, cria uma aparência de violação do dever para com o credor, devendo cair o risco do *non liquet* sobre a versão que pretende contrariar essa aparência. E, decisivamente, a prova dos factos que podem enquadrar, a favor do devedor, o facto objectivo da não realização da prestação, é mais fácil para este – são factos ocorridos na sua esfera, que este pode observar e documentar mesmo antes do incumprimento¹²⁷⁶.

Se a presunção surge com a extensão adequada a dar tutela às hipóteses de deveres de consideração dela carecidas, a sua mobilização não é, porém, linear. Desde logo, porque a tutela forte conferida aos deveres principais de prestação *não pode ser transposta de plano para todas as hipóteses de deveres de consideração*¹²⁷⁷. Antes de mais, porque o dano aqui em causa não é um dano *ligado à falta ou deficiência da prestação a cargo do devedor*: o facto de o credor sofrer *um dano na sua pessoa ou património por ocasião da execução do contrato* não permite presumir que tenha havido violação de um dever de consideração – *maxime*, um dever de protecção – ou que o devedor ou os seus auxiliares sejam por tal responsáveis. Nem sequer permite concluir que tenha havido violação de qualquer dever. Daí que *a presunção a associar geralmente à prova da violação de*

¹²⁷⁵ Parafraseamos LEO RAAPE, "Die Beweislast...", cit., p. 221: "Der Gesetzgeber, der eine Schadenersatzanspruch normiert erfüllt seine Aufgabe nur zum Teil, wenn er nicht auch die Beweislast, sei es auch nur stillschweigend, regelt. Er will, daß die Waffe, die er dem Geschädigten in die Hand drückt, auch scharf sei".

¹²⁷⁶ É este o argumento alinhado por MANFRED LÖWISCH, "§ 282 (a. F.)", cit., p. 103, para rever a sua posição face à edição anterior do Comentário: o sentido de atribuir ao devedor o ónus da prova das circunstâncias que este poderia esclarecer mais facilmente do que o credor, que justificava a inversão do ónus da prova da imputação subjectiva ("Vertretenmüssen") não poderia deixar de valer também quanto às circunstâncias que tinham causado a impossibilidade. Na doutrina recente, cfr., por exemplo, WOLFGANG ERNST, § 280, cit., nm. 32.

¹²⁷⁷ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 372.

*deveres de consideração seja uma mera presunção de culpa*¹²⁷⁸.

Outros autores, como LARENZ, salientam ainda que a protecção alargada assim conferida o é porque se trata aqui de danos provindos do não cumprimento da prestação pactuada – correspondendo à atribuição ao devedor de um *risco pela prestação*, no sentido *do risco pela não realização ou deficiência da sua prestação (principal)*¹²⁷⁹. A construção de uma tal protecção face a danos autónomos assenta numa *fundamentação necessariamente diversa: a da responsabilidade por uma causa de dano que se situa na esfera de responsabilidade do devedor*¹²⁸⁰. Assim, se LARENZ aceita uma presunção alargada em face dos § 282 e 285, rejeita que haja analogia face às hipóteses de deveres de protecção, acolhendo-se, na linha de PRÖLSS, a um raciocínio com base na ideia de esferas de risco.

Outros autores há, como começámos por referir, que dão relevo a argumentos materiais, atinentes ao conteúdo do dever em causa, distinguindo entre situações em que o dever é de consecução de um resultado e situações em que o dever não tem tal dimensão, invocando a influência da dicotomia popularizada por DEMOGUE. Dada a importância crescente desta linha de pensamento, daremos conta dela já no contexto do Direito vigente¹²⁸¹.

A situação não se alterou com a SRM. O eixo normativo do regime do incumprimento é agora, à luz do § 280, I, 1, o conceito de violação do dever ("Pflichtverletzung"); mas, apesar do aparente monolitismo legal, não sendo tal *Tatbestand* desde logo unitário face aos diferentes tipos de deveres que acolhe, tão pouco são unitários os regimes probatórios decorrentes do § 280, I, 2, que coloca sobre o devedor o ónus da prova de que a violação lhe não é imputável. Continuam a valer, pois, as soluções diferenciadas desenvolvidas à sombra das normas

¹²⁷⁸ Assim, mesmo quem, como HANS STOLL, "Haftungsverlagerung...", cit., pp. 150-151, considera que se está, mesmo nas hipóteses de causação de "Begleitsschaden", ainda perante a violação de deveres de prestação, face aos quais se pode mobilizar os §§ 282 e 285, à luz da ideia de que o *risco da prestação* assenta sobre o devedor, *assenta na diferenciação de tal tutela* – segundo o autor, como veremos, à luz da distinção entre deveres que têm por conteúdo assegurar um "resultado de segurança" ("Sicherungserfolg") e aqueles perante os quais o devedor apenas se obriga a adoptar as medidas preventivas comuns no tráfico.

¹²⁷⁹ Na doutrina recente, WOLFGANG ERNST, § 280, cit., nm. 33.

¹²⁸⁰ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., pp. 375-376.

¹²⁸¹ Salientando tal importância, WOLFGANG ERNST, § 280, cit., nm. 138. Na doutrina prévia à SRM, cfr. sobretudo HANS STOLL, "Haftungsverlagerung...", cit., esp. pp. 154 e ss., e KLAUS HEINEMANN, *Die Beweislastverteilung...* cit., pp. 73 e ss.; na doutrina posterior, HANSJÖRG OTTO, "§ 280", Sellier-De Gruyter, Berlim, 2009, pp. 567-570, e muito destacadamente ROLAND SCHWARZE, "§ 280", cit., pp. 582-583.

anteriores¹²⁸². Face aos *deveres de prestação*, continua a valer que o credor tem apenas que provar que o direito à prestação existe e esta não foi efectuada, não o foi no tempo devido ou não o foi cabalmente – juntamente, claro está, com os pressupostos procedimentais da definitividade do incumprimento ou constituição em mora – e o devedor que demonstrar que tal não se deve a uma circunstância que lhe seja imputável: a *presunção alargada mantém-se nesta sede*, portanto¹²⁸³⁻¹²⁸⁴.

Relativamente à violação de deveres de consideração, não ocorreram mudanças de fundo após a intervenção do legislador de 2001, permanecendo quer a ancoragem da jurisprudência na abordagem segundo o recorte de esferas de risco, quer o relevo da vinculação a um resultado para efeitos da distribuição do ónus probatório. Vários tipos contratuais contam já com orientações jurisprudenciais e doutrinárias que mapeiam a distribuição do ónus da prova de acordo com vários factores que podem nele interferir – um caso claro é o do contrato de serviços médicos. Aqui, limitar-nos-emos ao levantamento das tendências gerais¹²⁸⁵.

Afirma-se como ponto de partida a outorga do ónus da prova da ilicitude e da

¹²⁸² Assim, ROLAND SCHWARZE, "§ 280", cit., p. 574: vale uma diferenciação de acordo com o conteúdo do dever – dever de prestação ou de consideração, ligado a um resultado ou ligado a uma conduta – e o tipo de violação – não prestação, prestação defeituosa ou impedimento da prestação. Foi, aliás, propósito do legislador de 2001 não bulir nas soluções antes vigentes – ALEMANHA, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, 2001, disponível em <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/14/060/1406040.pdf> (consultado pela última vez a 22.05.2015), p. 136.

¹²⁸³ Claramente, ROLAND SCHWARZE, "§ 280", cit., p. 576-580; WOLFGANG ERNST, § 280, cit., nm. 30a e 32. Cfr. ALEMANHA, *EMS*, cit., pp. 135-136, afirmando que a "violação do dever", nestes casos, designa simplesmente o facto de a prestação devida não ser – ou não ser pontualmente – efectuada; e recai sobre o devedor a prova de que a impossibilidade ou a mora *não são consequência* de uma circunstância que lhe seja imputável.

¹²⁸⁴ A referência a uma "violação do dever" tem, pois, relativamente a deveres de prestação, que ser compreendida *cum grano salis*: esta refere-se aqui singelamente ao facto de a prestação devida não ter sido realizada, ou não o ter sido em tempo devido (assim, CLAUS-WILHELM CANARIS, "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen", 2001, disponível em <http://uni-leipzig.de/wirtschaftsrecht/alt/dokumente/reform.pdf> (consultado pela última vez a 01.05.2014), p. 30, criticando por isso a redacção do projecto; mais recentemente, vg., HANNES UNBERATH, "BGB § 280", *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH (coord.), C. H. Beck, Munique, 2011, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 21.05.2015), nm. 11). Isto vale quer para quem, como Canaris, considere que a prova da contrariedade a um dever implicaria, mesmo nesta sede, um juízo dirigido à conduta do devedor – e por isso critique a redacção –, quer para quem, como WOLFGANG ERNST, § 280, cit., nm. 12-14 e 17, considere que todo o juízo de contrariedade a um dever a efectuar *em relação a deveres de prestação* se consome no resultado material de o credor não obter aquilo que tinha sido acordado (acolhendo sem crítica a redacção). Também, para o autor, porém, quando esteja em causa a perturbação dos interesses ou bens jurídicos do credor, não se pode já concluir directamente por que se trate de uma perturbação da relação jurídica, sendo necessário estabelecer com ela um nexo, inserindo a lesão no quadro de uma incorrecção na execução da relação jurídica, ou seja, da violação de um dever.

¹²⁸⁵ Basta consultar o tratamento autónomo de vários tipos contratuais, a este respeito, na comentarística, para ter tal percepção.

causalidade fundamentadora da responsabilidade ao credor¹²⁸⁶. Porém, tal princípio encontra-se *em grande medida relativizado*. Tratando-se da violação de deveres de consideração que produza um dano autónomo – *maxime*, no caso dos deveres de protecção –, fundamental é a prova, pelo credor, de um dano. Esta prova pode bastar quando haja *exactamente um dever de impedir a produção do dano em causa*, continuando a valer a jurisprudência desenvolvida a propósito dos contratos de transporte e de depósito. Nestas hipóteses, a prova do dano faz presumir a sua imputação a uma conduta culposa do devedor¹²⁸⁷.

Para lá destas hipóteses, mantém-se na jurisprudência o relevo da teoria das esferas de risco. Sendo os seus fundamentos processuais – *hoc sensu*, atinentes a questões de facilidade *versus* dificuldade recíproca de prova –, esta vale para todos os tipos contratuais¹²⁸⁸. Para além de lhe incumbir a prova do dano sofrido, *recai sobre o credor o ónus da prova do desvio face a um standard de cuidado*, cabendo-lhe também a prova de que o dano adveio de tal violação do cuidado externo. Ao devedor cabe a prova exculpatória atinente ao cuidado interno. Porém, *quando o credor prove que a causa do dano apenas pode ter provindo da esfera do devedor, e não da sua*, admite-se uma inversão do ónus da prova, cumprindo ao devedor provar que o dano não é causalmente imputável à sua conduta, ou, sendo-o, que esta se manteve dentro do cuidado exigível¹²⁸⁹. Como salientava já Larenz, não há, perante esta orientação, verdadeira necessidade de provar causalidade ou ilicitude: ainda quando se exija suplementarmente que esteja indiciada uma falha por parte do devedor, estando esta indiciada e provado que a causa proveio da esfera de risco do devedor, cabe a ele desonerar-se, não sendo necessário provar uma contrariedade concreta a um dever, nem o seu carácter culposo, nem um processo causal entre esta e a lesão¹²⁹⁰.

Tem eco crescente na doutrina o recurso *ao critério material* do conteúdo do

¹²⁸⁶ Assim, ROLAND SCHWARZE, "§ 280", cit., pp. 582-584; HANNES UNBERATH, § 280, cit., nm. 78; WOLFGANG ERNST, § 280, cit., nm. 141.

¹²⁸⁷ Fala-se aqui de uma "(Rück-)Schluss vom Schaden auf die Pflichtverletzung" – cfr. HANNES UNBERATH, § 280, cit., nm. 87 – que, porém, se refere apenas a uma facilitação de prova nestas hipóteses, diferentemente, vg., de KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., pp. 373-375 (dando conta de que a mera prova de primeira aparência, cedendo ante a prova de que outras causas do dano eram também possíveis, também é aqui usada, quando se trata de estabelecer se a causa do dano se situa na esfera de domínio ou de organização do devedor (*Herrschafts- oder Organisationsbereich*)).

¹²⁸⁸ HANNES UNBERATH, § 280, cit., nm. 83.

¹²⁸⁹ ROLAND SCHWARZE, "§ 280", cit., p. 584; HANNES UNBERATH, § 280, cit., nm. 88 e 94.

¹²⁹⁰ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., pp. 373-375.

dever – de meios ou de resultado –, que vem escorar o edifício da determinação da distribuição do ónus probatório face à labilidade da teoria das esferas de risco¹²⁹¹. Assim, para além dos casos sobretudo tratados pela jurisprudência, em que o dever de resultado de prevenção do dano surge da própria interpretação teleológica dos deveres principais de prestação, salientam-se as hipóteses em que é pactuado um dever, mesmo acessório, pelo qual o devedor *se torna responsável pela manutenção de um determinado estado do património ou bens jurídicos do credor*. Nestes casos, basta ao credor provar o *afastamento do estado efectivo dos bens jurídicos em relação ao estado devido* – caindo sobre o devedor o pesado ónus da prova de que o dano não foi causado por uma conduta sua, ou de que esta não foi culposa. Dado o grande alcance desta vinculação, tanto há quem exija *geralmente para que se possa concluir nesse sentido que tal resulte expressamente do contrato ou da lei*¹²⁹², como permanece aberta a via defendida, vg., por STOLL, que autoriza uma *determinação teleológica do carácter material de deveres de protecção sem ligação à prestação*¹²⁹³.

¹²⁹¹ HANNES UNBERATH, § 280, cit., nm. 80. Expressando o afastamento face à teoria das esferas de risco, em direcção a critérios materiais, HANS STOLL, "Haftungsverlagerung...", cit., pp. 154-155 e 195-196; KLAUS HEINEMANN, *Die Beweislastverteilung...* cit., pp. 89 e ss. e p. 107. Vimos já que, por seu turno, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., pp. 375-376, se acolhe a argumentos de identificação de esferas de risco, com base na mútua facilidade ou dificuldade de prova. O autor salienta porém, que, em qualquer caso, a cautela impõe-se pela oneração que assim se opera face ao devedor, cuja responsabilidade fica então próxima da garantia. Assim, é necessário que, sem esta atribuição do ónus probatório, o credor ou lesado se viesse a encontrar num "echter Beweisnotstand"; e que, por sua vez, apenas o devedor possa perscrutar e influenciar o processo causal relevante – não tendo o credor iguais possibilidades de o observar ou residindo outras causas igualmente possíveis para o dano na sua esfera.

¹²⁹² ROLAND SCHWARZE, "§ 280", cit., pp. 582-583.

¹²⁹³ Segundo HANS STOLL, "Haftungsverlagerung...", cit., pp. 151-153, haveria antes de mais de determinar, de acordo com o *sentido do contrato e com a equilibrada tomada em consideração dos interesses de ambas as partes no contrato*, de que tipo de dever se tratava. Se o devedor se responsabilizava pelo *afastamento bem sucedido de certos riscos, haveria ilicitude se se concretizasse um destes riscos*; em dívida estava um "Sicherheitserfolg". Diferentemente, se o devedor apenas se obrigava a adoptar as medidas preventivas comuns no tráfico, apenas haveria violação do dever em caso de não adopção destas. A determinação do conteúdo do dever faz-se de acordo com argumentos que transcendem a vontade das partes. Se *o devedor domina certos perigos, ou seja, está, de acordo com o cuidado normalmente exigível, em condições de os afastar, deve então exigir-se-lhe que responda por eles, salva prova exoneratória* (cfr. na p. 154, a crítica face ao BGH – é o caso quando, durante o ensaio de uma companhia de *Ballet* nas instalações da Ópera de Hamburgo, por movimentação súbita do mecanismo das cortinas de cena, se danificam materiais da companhia – a empresa que explora a Ópera deve o resultado da ausência de danos advindos das suas instalações e aparelhos). Não sendo o caso, o devedor apenas deve usar do cuidado exigível no tráfico (seria o caso nos contratos de prestação de serviços médicos – dado o risco envolvido na actividade, o médico não seria razoável responsabilizar o médico pela ausência de danos).

No primeiro caso, caíam sobre o devedor a prova exoneratória da ausência de culpa ou de causalidade fundamentadora – bastava portanto a prova da lesão; no segundo, era necessária a prova, pelo credor, da violação de um dever, bem como da sua causalidade (fundamentadora) face ao dano. Salienta-se, porém, em demarcação face à dicotomia francesa que ressoa ao fundo, que em qualquer

Num segundo nível de adstringência, estão os casos em que *também o contrato ou a lei* impõem expressamente ao devedor a adopção de *certas medidas específicas de cuidado*¹²⁹⁴. Aqui, o credor deve provar que tais medidas não foram adoptadas; ao devedor cabe provar que tal não adopção não proveio de conduta a si imputável, ou culposa e cabe-lhe *ainda provar que o dano não foi produzido por tal violação*¹²⁹⁵. Ou seja, nestes casos, a prova da violação do dever – de manter certo estado ou adoptar uma medida concreta preventiva de danos – logra ao credor uma presunção alargada de ilicitude, causalidade fundamentadora e culpa no incumprimento. É também a este nível que releva o dever de *manutenção de certos materiais ou instalações do devedor dentro de um certo standard de segurança*¹²⁹⁶.

Caso o devedor não se encontre legal ou contratualmente vinculado à garantia de um certo estado de coisas ou à adopção de medidas específicas de prevenção do dano, haverá que determinar, *por interpretação, qual o conteúdo dos deveres de consideração*. Por esta via considera-se, na dúvida, que o devedor apenas se encontra vinculado a observar o cuidado exigível no tráfico, de acordo com as circunstâncias. Ora, nesses casos, a prova da violação do dever, a cargo do credor, desembocaria fundamentalmente na prova da ausência de negligência, a cargo do

caso estamos perante responsabilidade subjectiva (p. 153). Esta consideração deveria substituir a argumentação com base em esferas de risco, que não fornecia uma base segura, desde logo porque não se ancorava no conteúdo da prestação. Similarmente, KLAUS HEINEMANN, *Die Beweislastverteilung...* cit., pp. 60 e ss. e 175, assentava em que a atribuição de um risco probatório alargado ao devedor, à face do § 282, era a ponte que permitia conciliar o facto de este se comprometer a provocar um certo resultado – o recorte da "Schuld" – com o facto de operar aqui o princípio da culpa como pressuposto de responsabilização – do lado da "Haftung". O sentido do artigo vale também para os deveres de protecção face aos quais esteja igualmente em causa o dever de causar um certo resultado. Não obsta à aplicação deste juízo de atenção ao conteúdo do dever o facto de estes terem fonte legal; o que releva é que estamos em situações de responsabilidade contratual, em relação a todas elas podendo valer o critério do então § 282, porque se trata de uma relação de contacto especialmente intenso, particularizado, onde é mais forte a incidência da confiança (esp. pp. 127-129). O sentido da atribuição de tal risco probatório é, pois, material, decorrendo do conteúdo reconhecido ao dever em causa. Para o identificar, o autor (pp. 80 ss., esp. pp. 86-87) adapta os critérios propostos pela jurisprudência e doutrina francesas: seria antes de mais relevante o critério da "álea", por referência ao contexto objectivo de risco – à sua maior ou menor controlabilidade – subjacente ao contrato; porém, este deveria ser ponderado com a atenção ao modo como as partes avaliaram, ou teriam avaliado, tal contexto, para determinação das suas expectativas face ao contrato (entram aqui pontos de vista valorativos, como a assunção de riscos e a sua onerosidade).

¹²⁹⁴ ROLAND SCHWARZE, "§ 280", cit., p. 583.

¹²⁹⁵ Assim, ROLAND SCHWARZE, "§ 280", cit., p. 583; diferente é o critério de KLAUS HEINEMANN, *Die Beweislastverteilung...* cit., p. 176, como veremos de seguida, em nota.

¹²⁹⁶ Esta hipótese é referida por KLAUS HEINEMANN, *Die Beweislastverteilung...* cit., p. 176. Note-se que o autor considera que só se presume a imputação causal à conduta do devedor do que for logicamente prévio ao não cumprimento. Teríamos, pois, presunção de causalidade entre a conduta do devedor e o desvio em relação ao estado de segurança prometido – este é o acto de incumprimento –, mas não já presunção de causalidade entre tal falta e o dano.

devedor. É no espaço gerado por esta antinomia normativa que intervém, segundo SCHWARZE, na linha já da jurisprudência anterior, uma *atribuição do ónus da prova segundo esferas de risco*¹²⁹⁷.

bb) Tomada de posição

Temos por bem fundada a configuração da presunção que vale em geral como presunção potencialmente alargada¹²⁹⁸, vindo, tal como outras partes do CC relativas ao Direito do não cumprimento, amoldada à pressuposição de uma obrigação de *dare*. Como LARENZ vinca bem, o facto de o resultado pactuado não se ter definitivamente realizado não constitui em si um ilícito: *ilícito só o poderia ser quando imputável a uma conduta do devedor ou dos seus auxiliares*. O que joga com o que diz com Canaris em sede geral: independentemente de se tratar aqui de um ilícito de conduta ou de resultado, o ilícito só o é quando imputável a uma conduta humana (podendo o juízo que sobre esta recai ser mais determinado pelo afastamento face a um cuidado devido ou pelo efeito que tal conduta produz). *É assim, ao menos quando nos movemos em sede de responsabilidade subjectiva – como é o caso, no nosso ordenamento, nas hipóteses em que se aplica a presunção do art. 799.º; já em sede de responsabilidade objectiva, estamos perante meras alocações de risco*¹²⁹⁹.

Ao fazer decorrer da falta da conduta devida – tipicamente, de um resultado pactuado – a presunção de culpa, o art. 799.º, n.º 2, do CC deixa presumido tudo o que lhe é logicamente anterior: a ilicitude de tal desvio e a sua causalidade face a

¹²⁹⁷ ROLAND SCHWARZE, "§ 280", cit., p. 584.

¹²⁹⁸ Revemo-nos em grande medida – excepto na nossa maior abertura a juízos atinentes à repartição de esferas de risco – na argumentação expendida no ordenamento nacional por Carneiro da Frada, nas obras e locais que citámos no início desta parte, para a qual remetemos.

¹²⁹⁹ Assim, não procede o argumento central usado por WOLFGANG ERNST, § 280, cit., nm. 17, para defender que, em relação à violação dos deveres principais de prestação, todo o juízo de contrariedade ao dever se esgota no facto da não realização do resultado pactuado – a avaliação da conduta do devedor ocorreria apenas em sede de culpa. Segundo o autor, de outro modo – i.e., exigindo-se um juízo sobre a conduta do devedor – não se perceberia como poderia funcionar a responsabilidade caso se pactuasse uma responsabilidade a título de garantia, com independência de culpa, portanto. Com efeito, quando o devedor assume uma obrigação de garantia, assume também o risco da ocorrência de caso fortuito ou força maior – respondendo também, portanto, mesmo por acto não humano –, pelo que, em rigor, estamos já para lá dos juízos de ilicitude. O segundo argumento, segundo o qual, a exigir-se um juízo dirigido a uma conduta para que se afirmasse a ilicitude do incumprimento, inverter-se-ia a distribuição do ónus da prova à face da norma legal, conquanto seja formalmente correcto – também por isso Canaris critica a redacção da norma –, não dá relevo ao facto de o § 280 estabelecer um Tatbestand unitário sem alteração substancial dos juízos de distribuição da prova, e ser sucessor dos §§ 282 e 285, onde a ilicitude vinha presumida do facto da não realização da prestação.

um primeiro dano ocorrido. Para lá destes pressupostos – no tocante ao dano que releva para a causalidade de preenchimento da responsabilidade, e a esta – o ónus impende sobre o credor. *Perante o facto objectivo e definitivo da não realização da prestação convencionada, considera-se que vale uma presunção de que tal não realização é causalmente imputável à acção do devedor ou dos sujeitos por cuja actuação responsável (presunção de causalidade fundamentadora da responsabilidade), de que é ilícita e de que é culposa.*

Quando o desvio face ao programa obrigacional resida em *a conduta não ter determinadas características, não se prova tal desvio sem provar uma conduta desconforme*. Claro está que aqui a causalidade fundamentadora não tem grande relevo, já que não se valora um resultado diferente da conduta; e, sendo esta uma conduta do devedor ou auxiliares, a questão de esta lhes ser imputável não se coloca verdadeiramente. E claro está que aqui o relevo da ilicitude é menor – indica ao menos que não operam causas de exclusão da ilicitude. Aqui, a presunção terá um conteúdo mais restrito, referindo-se apenas à culpa.

Na transposição destes juízos para a sede dos deveres de consideração, urge, pois, a mobilização das devidas cautelas: aqui, a conclusão sobre o que está *in obligatione* decorre de um juízo sobre a alocação de um risco a uma das partes contratuais. Juízo este que concita uma análise do substrato de interesses e valores subjacente à relação jurídica, sendo aptos a entrar por esta via juízos atinentes à repartição de esferas de risco.

É com a noção destas valorações inerentes à distribuição do risco de prova na violação de exigências de conduta relevantes em relações jurídicas especiais que se deve agora voltar à análise dos regimes previstos no RJCS.

c. A distribuição do ónus da prova na violação das exigências de conduta ligadas ao risco

aa) Violação objectiva de uma exigência de conduta

Em primeiro lugar, o segurador deve provar pelo menos o afastamento da conduta do segurado em relação ao parâmetro objectivo de comportamento. Tal depende apenas de uma atenta interpretação daquilo a que, de acordo com as normas legais e contratuais aplicáveis, o sujeito se encontrava adstrito, devendo o

credor provar que tal não ocorreu – nas situações de cumprimento defeituoso haverá que provar que o resultado produzido se afasta do que era devido ou, nos deveres com estrutura de obrigação de meios, que a conduta adoptada se apartou da conduta devida¹³⁰⁰. Vai aqui também compreendida a prova dos elementos subjectivos do *Tatbestand* – como vimos em relação aos deveres de informação, a prova do conhecimento das circunstâncias relevantes¹³⁰¹⁻¹³⁰². Em face da produção do sinistro por causalidade indirecta ou omissão, reentra nela ainda a prova da violação do standard de segurança contratual¹³⁰³.

Vimos que, em sede geral, da prova do desvio em relação à conduta devida decorre, quando esta consistisse num determinado resultado, uma presunção alargada, apenas transponível para a sede dos deveres de protecção quando estes fossem *colimados à assunção de um risco atinente à produção de certo resultado*. O foco está aí não tanto sobre o cumprimento de um standard de diligência, mas sim sobre a *presunção de causalidade fundadora da responsabilidade*.

Ora, o debate deste ponto só pode ter qualquer relevo quando se coloquem questões de "haftungsbegründende Kausalität". Estas não se colocam a propósito dos deveres criados pelo RJCS. Trata-se da exigência de condutas, e não da produção de um resultado diferente delas¹³⁰⁴. Aqui, ou a conduta é levada a cabo, ou

¹³⁰⁰ Assim, como vimos, já ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Encargo...", cit., pp. 102-103, considerando que, em face das obrigações de meios, como em geral, ao credor cabia apenas a prova do seu crédito, cabendo ao devedor a prova da sua exoneração; assim, o credor teria que provar "até onde [ia] o dever de diligência do devedor" – ou seja, em que actos se devia concretizar –, podendo o devedor exonerar-se provando que os tinha praticado ou que não lhe era imputável não os ter praticado. Cfr. ainda MANUEL GOMES DA SILVA, *O dever...* cit., pp. 320-321. Na doutrina alemã, vg., DIETER MEDICUS/STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I, 2012*, cit., p. 66.

¹³⁰¹ Lembre-se novamente que tal quadra com a exigência geral, ao réu, da prova do decurso do prazo, impondo tal, quando este comece a contar do conhecimento pelo autor, a prova de tal conhecimento – art. 343.º, n.º 2, do CC, e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Manual...* cit., pp. 459-460, assacando tal distribuição à dificuldade da prova do facto negativo do não conhecimento pelo autor.

¹³⁰² Esta prova pode implicar, vg., o recurso a peritagens, na sequência de acidente, para determinar se o segurado sofre de amnésia retrógrada, abarcando as circunstâncias do sinistro – PETRA POHLMANN, "Beweislast...", cit., p. 92.

¹³⁰³ Tal pode colocar dificuldades, pensando nas hipóteses de causação por criação de um estado de risco que só se torna relevante após certa duração. Caberia aqui, *prima facie*, ao segurador a prova de que o sinistro ocorreu depois de decorrida esta duração. Entre a doutrina, há quem considere que deve aqui haver uma inversão do ónus da prova, já que teria sido o segurado a provocar as dificuldades probatórias com a sua conduta negligente. Maioritária parece ser, porém, a posição de que não se está aqui perante uma situação de frustração da prova por culpa do segurado, não sendo as dificuldades probatórias consequência de sua culpa. Cabe, pois, tal prova ao segurador – DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 8I...* cit., nm. 49.

¹³⁰⁴ Aliás, aqui se vê como a questão das obrigações de meios ou de resultado se distancia da questão dos "crimes de resultado" ou de "mera actividade" – parte daqueles deveres seriam obrigações de resultado, mas situações em que esteja em causa a produção de um resultado que extravasa uma conduta (assim, MARIA DE LURDES PEREIRA/PEDRO MÚRIAS, "Obrigações de meios...", cit., p. 2).

não; não o sendo, não há qualquer "primeira lesão" a debater, mas apenas a medida do dano com tal causado à contraparte, já atinente ao preenchimento da responsabilidade.

A "haftungsbegründende Kausalität" apenas poderia estar implicada nos casos em que se debate a causação do sinistro. Só nestes casos há um resultado que transcende a conduta do agente e é fonte de danos para o segurador, apenas aqui fazendo sentido questionar se o segurado garante de algum modo que tal resultado não se produzirá, cumprindo-lhe a prova de que a conduta incumpridora não foi dele causal.

O que vimos até agora deixa patente o bastante que uma garantia desse género não poderia estar em causa em relação ao regime da causação do sinistro. A conduta que é pressuposto da aplicação da consequência é a *causação dolosa* do sinistro, *apartando-se decisivamente de uma garantia de que o sinistro não provirá de uma determinada fonte*. Como vimos, se transformássemos a exclusão do risco numa norma com a estrutura de um dever, chegaríamos a uma norma correspondente à proibição da causação de um dado resultado, muito similar às normas penais que prevêm crimes dolosos de resultado.

Em momento algum se poderia dizer que a mera verificação de tal resultado – o sinistro – pudesse levar a uma presunção de afastamento face à conduta devida. O sinistro é, pelo contrário, o evento que determina o dever de prestar do segurador. *O que releva aqui é a prova do que situa a sua ocorrência no campo da exclusão, que é a causação dolosa*. Estamos, pois, face à mera ocorrência de um evento *prima facie* qualificável como sinistro, nos antípodas de poder imputar qualquer garantia material da sua não ocorrência ao segurado. Tão pouco seria de admitir que pudesse sequer ser convencionada uma presunção genérica da causação do sinistro por facto imputável ao segurado – o risco de prova que assim se colocaria sobre o segurado para que pudesse fazer valer o seu direito equivaleria a retirar da esfera do segurador em boa medida a suportação do risco seguro, com esvaziamento da cobertura.

Face às restantes normas compulsadas, está em causa a valoração de uma conduta, e não a produção de um resultado que a transcenda – é assim face ao regime do salvamento, que tem a estrutura de obrigação de meios e é assim também face aos deveres de informação. Estes últimos concitam, sim, tópicos diversos de debate da outorga do risco probatório. Um deles vimos concretizado em relação aos

deveres de informação pós-sinistro: tratou-se aí não uma inversão do ónus por haver garantia de um resultado, mas de uma inversão fundada no facto de o segurado ter impossibilitado culposamente o cumprimento. De outro, que dá relevo ao escopo de protecção dos deveres de informação, trataremos adiante, a propósito do debate da causalidade.

Onde o debate relativo à *distribuição do ónus da prova de acordo com a assunção de um risco atinente à produção de certo resultado* poderá, sim, colocar-se é em relação a deveres de adopção de medidas de prevenção do sinistro que tenham por fonte o contrato. Poder-se-á aqui questionar se, pela assunção destas, o segurado passa a arcar em primeira linha com o risco de que o resultado danoso proceda do seu não cumprimento¹³⁰⁵. Tal equivaleria a dizer que, em caso de violação, vg., de uma exigência de porta blindada, o furto que viesse a acontecer se presumiria ter por causa tal violação.

Da prova da violação da exigência de conduta resulta a presunção de que a conduta é em definitivo contrária ao dever – o que vale por dizer que é sobre o segurado que recai o risco da prova da relevância das situações de colisão de bens que podem determinar que a conduta se situa ainda dentro do risco transferido pelo contrato.

bb) Culpa

Face ao incumprimento dos deveres de comunicação do sinistro e prestação das informações complementares, o RJCS coloca o ónus da prova negativa da culpa sobre o obrigado, dando-lhe a oportunidade de demonstrar que não podia razoavelmente ter procedido à comunicação em momento anterior (art. 101.º, n.º 3). Esta directriz, que aponta para a presunção de culpa uma vez estabelecida a violação da exigência de conduta, está de acordo com as valorações que levam a que geralmente decorra tal presunção da violação de um dever de conduta especial.

Procedem aqui argumentos de facilidade probatória – é o devedor que está mais próximo da sua esfera, podendo invocar os factos que tornaram a violação

¹³⁰⁵ Para a elaboração de racionários nestes moldes JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, "Acidente na auto-estrada, provocado pelo atravessamento de um animal, Anotação ao Acórdão do STJ de 12 de Novembro de 1996", *RLJ*, 131-132, 1998, pp. 48-50, 106-113, 378-380; 28- 32, 60-64, 90-96, pp. 110-111.

inevitável usando da diligência própria de um sujeito do seu círculo negocial¹³⁰⁶. E, face a deveres de conteúdo especificado, por um lado, o dever aqui está de tal modo determinado e personalizado, que se reduzem as razões pelas quais este não terá sido atendido – razões que o devedor conhecerá melhor que o credor¹³⁰⁷. Por outro lado, se tal exigência de conduta é específica, o devedor controla o modo de realização da prestação, estando na normalidade dos casos em condições de evitar o incumprimento¹³⁰⁸. Face a estas exigências de conduta em concreto, estas justificações tornam-se tanto mais incisivas quanto a falta de prova pode comprometer o retirar de consequências da violação, pondo em causa os cálculos do segurador¹³⁰⁹.

O argumento da especificidade da conduta não procede face aos *Tatbestände* amplos do salvamento e da causação dolosa. Contra tal aplicação da presunção de culpa militarista ainda um argumento no sentido de prevenir a rarefacção da cobertura, já que à responsabilidade por culpa presumida é atribuído o terreno intermédio que fica entre a responsabilidade fundamentada pela culpa e a fundamentada pelo risco¹³¹⁰.

No entanto, face àqueles dois regimes, a questão não chega a colocar-se. Relativamente à causação do sinistro não se coloca porque, sem uma tomada de posição expressa do legislador nesse sentido, o dolo não poderá vir presumido, tendo que ser provado pelo segurador¹³¹¹. Relativamente ao regime do salvamento, porque se trata aqui de uma exigência de conduta com a estrutura de uma obrigação

¹³⁰⁶ Na doutrina nacional, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Provas...", cit., pp. 162-165; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral, II*, cit., p. 101. Assim, DIETER MEDICUS/STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I, 2012*, cit., p. 160; a maior facilidade de prova face à pertença das circunstâncias à esfera do devedor é também referida por VOLKER EMMERICH, *Das Recht...* cit., p. 151.

¹³⁰⁷ Assim, DIRK LOOSCHELDERS, "Rettungspflicht...", cit., pp. 841-842, e DIRK LOOSCHELDERS, *VVG § 81...* cit., nm. 23, transpondo para a sede seguradora raciocínios gerais: provada a não adopção da conduta, dado o seu carácter específico, presume-se a culpa, como ocorre em relação à generalidade dos deveres contratuais (§ 280, I, 2).

¹³⁰⁸ PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, "Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico, Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 459-486, p. 473; tal está em linha com o argumento de aparência ou de normalidade invocado por JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Manual...* cit., pp. 461-462, em nota, e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral, II*, cit., p. 101, em nota: estando em causa um dever pessoalizado e especial, a sua não adopção aponta para uma falha do devedor.

¹³⁰⁹ JÜRGEN PRÖLSS, "Künftige...", cit., p. 482.

¹³¹⁰ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres...* cit., p. 335, fala a este respeito de uma "quase-responsabilidade pelo risco".

¹³¹¹ Pelo contrário, à face do anterior § 6 da VVG, o dolo era porém em geral presumido – MICHAEL TERBILLE, "Das Alles...", cit., p. 3.

de meios. Como tal, caberá ao segurador a prova do afastamento do standard de conduta relevante. Ora, vimos, que tal *standard deve ser colocado aqui na fronteira da negligência grosseira*; e que esta é *composta por uma vertente objectiva e uma subjectiva*. Há que ver, pois, se e como se articula esta hipótese particular – *estrutura de obrigação de meios e relevo do standard da negligência grosseira* – com a presunção de culpa.

Deixámos já acima indicado que o tratamento das obrigações de meios não merece em especialidade em sede geral, no tocante à distribuição do ónus da prova. Vimos que a questão que se pode colocar de um modo pertinente no nosso ordenamento é apenas a de saber se, provada a violação do dever, sendo ele de adopção de medidas adequadas a um fim, resta ainda espaço à invocação de qualquer facto exculpatório – ou se tudo o que poderia constituir objecto da presunção foi já consumido pela prova da violação do dever.

Tal depende do sentido com que intervier a culpa contratual. Em sede geral, atento o nosso sistema objectivizado da sua consideração, o juízo de culpa é largamente consumido pelo juízo tipificado de adopção do cuidado objectivamente exigível; resta saber se essa consumpção é total. Na identificação das componentes do juízo de culpa que possam estar para lá da violação de uma norma de conduta a estabelecer pelo credor, é frequentemente trazida à colação a dicotomia entre cuidado externo e cuidado interno, como componentes da negligência¹³¹². O cuidado externo é *atinente à acção ou omissão exteriorizada*, sendo cumprido quando a conduta corresponde aos comandos da ordem jurídica; é, repita-se, a conduta exteriorizada o objecto deste juízo¹³¹³. Já com o cuidado interno designa-se *o processo psicológico interno que subjaz à adopção da conduta exteriorizada*¹³¹⁴. A articulação é feita do seguinte modo: quando a conduta exteriorizada não

¹³¹² A dicotomia foi popularizada sobretudo na sequência de ERWIN DEUTSCH, *Fahrlässigkeit...*, cit., pp. 94 e ss., embora fosse já usada, vg., por Broadmann, Leonhard ou Heck.

¹³¹³ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., pp. 289-290; recentemente, ERWIN DEUTSCH, "Die Sorgfalt als Rechtsbegriff", in *Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht, Festschrift für Egon Lorenz zum 80. Geburtstag*, MANFRED WANDT/PETER REIFF/DIRK LOOSCHELDERS/WALTER BAYER (coord.), Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2014, pp. 575-587, p. 580

¹³¹⁴ Similamente, MANFRED LÖWISCH, "§ 276", cit., pp. 304-305. *Este designa a atitude psicológica do agente*, reportando-se à sua *diligência, atenção e prontidão* para actuar de acordo com a situação, *reconhecendo o que for necessário para actuar como é exigível* (KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., pp. 289-290); é um processo intelectual e emocional, composto de vários elementos – desde logo, o conhecimento do preenchimento do *Tatbestand* (ERWIN DEUTSCH, "Die Sorgfalt...", cit., p. 580).

corresponder aos comandos da ordem jurídica, fica indiciada a sua ilicitude. Porém, só haverá culpa se o cuidado interno tiver faltado: se o sujeito se comporta de modo objectivamente desconforme mas não lhe é exigível actuar de outra maneira (pense-se no automobilista que não pára porque não viu o sinal de stop *que estava circunstancialmente tapado*), *viola o dever que se lhe impunha mas actua sem negligência*.

Alguma doutrina, sem questionar a possibilidade de dissecação teórica do juízo de culpa nestas duas vertentes autónomas, rejeitou que tal pudesse ter qualquer relevo prático, rejeitando, pois, do mesmo passo que a prova do desvio face à conduta devida, em sede de obrigações de meios, *deixasse ainda alguma margem para a prova exoneratória de ausência de culpa*. Segundo este pensamento, nem o cuidado interno poderia ter qualquer relevo jurídico se se são reflectisse numa conduta externa; nem essas duas vertentes poderiam estar sujeitas a diferentes parâmetros de avaliação: tratar-se-ia sempre de aferir da previsibilidade e inevitabilidade do dano, para um pertencente médio do círculo negocial em causa, face às solicitações da situação concreta. Em suma: a actuação exteriorizada é o único objecto da avaliação; porém, o juízo de apreciação da diligência devida que sobre ela se verte olha já às possibilidade que o sujeito tem de cumprir, de acordo com o que lhe é exigível¹³¹⁵. Portanto, sem pôr em causa o valor dogmático da distinção entre ilicitude e culpa, teríamos, nestes casos, apenas dois pontos de vista valorativos diversos que se vertiam sobre os mesmos factos. Ora, só quando ambos os elementos do conceito de cuidado resultassem de factos diferentes poderia fazer sentido separar, para efeitos de atribuição do ónus da prova, a questão da contrariedade ao standard objectivo de cuidado e a da culpa¹³¹⁶.

A utilidade da distinção torna-se clara quando pensada a questão *da prova da culpa*. O facto de o juízo de diligência se exprimir sinteticamente *não implica que a prova da pluralidade de factos, positivos e negativos, sobre os quais o juízo assenta, deva estar toda ela a cargo do credor*.

Com efeito, o critério da violação do dever de cuidado é um critério objectivo, atento ao que seria *exigível a um sujeito médio pertencente ao círculo negocial em*

¹³¹⁵ Referimo-nos aqui ao pensamento de MICHAEL STATHOPOULOS, "Bemerkungen...", cit., pp. 633 e ss. Segundo o autor, não há diferença entre o juízo de contrariedade ao dever e o juízo de culpa em face dos deveres de cuidado: "[m]an muß, weil man kann". Na sua esteira, e em atenção apenas ao plano negocial, KLAUS HEINEMANN, *Die Beweislastverteilung...* cit., 66-68.

¹³¹⁶ KLAUS HEINEMANN, *Die Beweislastverteilung...* cit., p. 67.

*causa, perante as circunstâncias que suscitam determinado cuidado*¹³¹⁷. São estas circunstâncias as abarcadas pela referência a um "cuidado externo". Já as *circunstâncias privativas do sujeito concretamente actuante, não aparentes no contexto de actuação e que lhe vedam a possibilidade juridicamente relevante de agir de outra maneira*, são componentes do *juízo de culpa que não se deixam consumir nessa primeira aferição*. É o caso comumente apontado da actuação do sujeito em estado de inimizabilidade, ou em erro desculpável. Estas são circunstâncias atinentes ao "cuidado interno".

Tornar-se-ia inócuo o direito do credor se, *além da prova da falta de diligência em concreto causadora de um dano*, se lhe impusesse ainda a *prova negativa destas circunstâncias atinentes a processos mentais do devedor*. Se sobre o credor se coloca a prova da falta de cuidado exigível, tal cumpre-se quando se estabeleça que, face às circunstâncias descortináveis por um observador externo, a diligência impunha dada conduta, não tendo esta sido observada pelo devedor¹³¹⁸. Por sua vez, o devedor poderá então demonstrar *factos não observáveis juridicamente atendíveis para fundar a inexigibilidade de outra conduta*. Estas circunstâncias estão num passo logicamente precedente face ao padrão tipificado do cuidado normalmente exigível; e assentam em factos diferentes destes. Se o sujeito actua durante um delírio psicótico, não fará sequer sentido medir a sua conduta pelo parâmetro do sujeito medianamente diligente: o juízo de culpa não tem onde se implantar. Nem se pode dizer que os factos em causa são os mesmos que fundam a apreciação da conformidade da conduta com a diligência exigível face às circunstâncias: para que se afira do erro ou da falta de imputabilidade, há que conhecer as representações do agente, ou o seu estado patológico, não documentados na conduta externamente observável.

O derradeiro problema que aqui se coloca é então o de saber se se pode invocar as presunções de culpa estabelecidas pelo ordenamento em relação ao que resta de imputação subjectiva. *A fortiori*, parece que a resposta não poderá deixar de

¹³¹⁷ As considerações que se seguem aproximam-se muito das de MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres...* cit., p. 335, que, fazendo uso da terminologia, o faz com uma salvaguarda: quer referir-se ao facto de o comportamento exterior do sujeito permitir formar um juízo de aparência relativamente às circunstâncias intelectuais e emocionais que caracterizam a culpa.

¹³¹⁸ Claro está que, quanto mais especificarmos o "círculo negocial em causa", mais circunstâncias atinentes ao concreto sujeito faremos passar para a própria avaliação do cuidado devido face às circunstâncias. Mas tudo isto apenas poderá operar ainda no plano do que é observável para o credor-lesado. O mesmo se diga face a uma abordagem da inimizabilidade em termos não monolíticos, mas relativos, atinentes à capacidade do sujeito face a cada acto.

ser afirmativa: se da mera não produção de um resultado conforme – ainda que se admita que para tal urge provar que tal resultado proveio da esfera do devedor – resulta a presunção de tal se deve à falta de diligência do devedor, mais ainda procedem as razões de tal juízo para as situações em que se encontra estabelecida a falta de diligência e se trata apenas de concluir no sentido de que se não verificaram os factos excepcionais da ocorrência de erro desculpável ou inimputabilidade¹³¹⁹. E mais ainda procedem aqui os argumentos de facilidade probatória: se os factores exculpatórios, uma vez provada a falta objectiva de cuidado, podem apenas ser factores internos, é notório que será o devedor quem está em melhores condições de fazer prova. Em geral, a prova exculpatória é, com efeito, relativamente limitada, abrangendo as situações de erro desculpável, de inevitabilidade da violação¹³²⁰, ou de falta de imputabilidade¹³²¹.

Estamos agora em condições de tornar ao enquadramento da questão do salvamento. Perante a grelha de compreensão que vimos de expor, caberá, então, a prova da componente objectiva da negligência grosseira ao segurador – valendo como violação da diligência exigível –; e a prova da componente subjectiva da negligência grosseira ao segurado.

Estas mesmas considerações deverão, de resto, ser transpostas, *mutatis mutandis*, para as exigências de conduta previstas pelo contrato. Uma vez provado o *Tatbestand* objectivo da violação, de meios ou de resultado, presumir-se-á a culpa, englobando, no segundo caso, a referência ao cuidado externo e interno e no primeiro apenas a referência ao cuidado interno.

Como dissemos relativamente ao regime da causação dolosa, o dolo não vem presumido, requerendo prova pelo segurador do conhecimento e vontade de causação do sinistro ou violação da norma de conduta¹³²². Relativamente aos

¹³¹⁹ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 372, a propósito da violação de deveres de consideração (parecendo ter sobretudo em vista deveres de protecção) afirma que a prova da falta de cuidado externo determina uma presunção da falta de cuidado interno.

¹³²⁰ Implicando que o sujeito não podia, em concreto, actuar de outro modo, não tendo havido negligência um momento prévio: na própria assunção da conduta – vg., na assunção de um dever de prestação muito para lá das suas possibilidades – , ou na não aquisição de certos conhecimentos necessários – MANFRED LÖWISCH, "§ 276", cit., p. 305;

¹³²¹ HANNES UNBERATH, § 280, cit., nm. 81; DIETER MEDICUS/STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I, 2012*, cit., pp. 159-160.

¹³²² A mobilização de presunções judiciais que geralmente permite estabelecer o dolo exige, de resto, a ponderação cuidada das circunstâncias, não valendo quando, de acordo com a normal experiência da vida, possa ser outra, que não o dolo, a explicação da conduta – cfr. o ac do STJ de 13 de Fevereiro de 2014, Processo n.º 2083/09.9TVPRT.P1.S1, que concedeu a revista com o fundamento de que "a simples falta de pagamento do prémio de seguro durante o período de 35 meses pode ter

deveres de informação, rejeita-se que possa proceder o argumento segundo o qual, perante a integração do conhecimento das circunstâncias de facto nos pressupostos objectivos da violação, da prova destes deva decorrer uma presunção de dolo¹³²³. Como vimos acima, uma distância relativamente grande pode separar o conhecimento dos factos da sua correcta valoração, não havendo nenhuma decorrência directa entre o primeiro e a negligência – embora se justifique, pelos motivos vistos acima, a presunção desta –, nem entre ele e o dolo.

cc) Dano

A prova do dano corre por conta do segurador. Este dano pode decorrer da *constituição* do seu dever de prestar com interferência da violação de uma exigência de conduta por parte do segurado – provindo tal dano, antes de mais, da *ocorrência do sinistro*. A prova da ocorrência de um evento *prima facie* relevante contratualmente como um sinistro não se encontra, porém, a cargo do segurador – mas do segurado, enquanto facto constitutivo do seu direito. Ao segurador cabe, pois, nesta sede, a prova de que tal evento é *causalmente imputável à actuação dolosa* do segurado, à violação por este de uma exigência de conduta, ou a um agravamento do risco.

Já o afastamento desfavorável entre a *extensão das consequências do sinistro realmente apuradas e as que o seriam caso não tivesse havido violação da exigência de conduta está a cargo do segurador* – podendo, como vimos, ser posto em paralelo com a determinação de um dano atinente ao preenchimento da responsabilidade¹³²⁴. Vimos, porém, que pode aqui haver lugar à inversão do ónus da prova, em sede de violação de deveres de informação pós-sinistro, quando a actuação do segurado comprometa definitivamente um meio de prova.

dd) Causalidade

Ao contrário do que foi a opção do legislador da VVG alemã, o legislador do

como fundamento múltiplas e diversificadas razões, designadamente o mero esquecimento ou a má gestão da sua actividade económico-familiar, mostrando-se excessivamente aleatório que se impute um comportamento fraudulento à tomadora do seguro, tão só porque esteve sem pagar o prémio de seguro durante quase três anos; a este entendimento só se poderia chegar se, a par desta pronunciada atitude, houvesse ainda outros elementos circunstanciais que se projectassem em direcção a este assinalado".

¹³²³ PETRA POHLMANN, "Beweislast...", cit., p. 104.

¹³²⁴ Como tal, no ordenamento alemão, a causalidade relevante para o apuramento deste dano é avaliada nos termos do § 287 ZPO – MANFRED WANDT, VVG § 28, cit., nm. 298.

RJCS não partiu da colocação do ónus da prova – negativa, nesse caso – da causalidade por sobre os ombros do segurado. A favor da distribuição alemã, alega-se a proximidade do segurado face à prova em causa, atinente à sua própria esfera, permitindo-lhe uma recolha célere e fácil daquela¹³²⁵. É um argumento probante, mas não em si decisivo o bastante para verberar a falta de uma opção nesse sentido por parte do legislador nacional. Não se pode perder de vista a severidade que representa a colocação sistemática de uma prova negativa por sobre o segurado, sob a ameaça da perda do seu direito à prestação – e que justifica que a jurisprudência venha procedendo com ela com relativa brandura¹³²⁶. Tanto mais assim quanto, se é certo que a assimetria informativa avanta o segurado no tocante ao conhecimento dos factos, não o avanta já no tocante à valoração da sua relevância causal para o sinistro ou sua extensão, que pode implicar juízos de relativa complexidade técnica.

Incumbe ao segurador provar a causalidade entre a violação da exigência de conduta e o sinistro – no caso do regime do agravamento do risco, entre este e o sinistro – bem como, colocando-se a exigência no estádio pós-sinistro, entre a sua violação e o agravamento do dever de prestar ou das despesas de apuramento das circunstâncias do sinistro. De resto, o debate só tem de todo o modo utilidade quando a causação do resultado danoso não tiver como única causa possível a violação do dever em causa. Se esta for a única causa possível da lesão, tem-se a causalidade por provada sem que seja necessária qualquer presunção¹³²⁷. Pode ter lugar, de resto, a sobredita inversão do ónus da prova por impossibilitação culposa desta por parte do segurado, em sede de deveres de informação.

A prova da causalidade entre a violação da exigência de conduta e a medida do agravamento do dever de prestar está também a cargo do segurador.

Tal pareceria ser uma conclusão sobre-simplificada no que aos deveres de informação diz respeito, dada a densa discussão que – especialmente uma vez que se enjeite o reconhecimento do dano da perda de *chance* – envolve a prova do nexo

¹³²⁵ Assim, JÜRGEN PRÖLSS, "Künftige...", cit., pp. 481-482, militava já pela manutenção do ónus da prova da falta de causalidade, dada a proximidade que o segurado, ao contrário do segurador, tinha face ao risco e ao sinistro.

¹³²⁶ KARL MAIER, "Die Leistungsfreiheit...", cit., p. 91. À luz da jurisprudência estabelecida pelo BGH, o segurado deve sobretudo refutar as possibilidades de estabelecimento de nexo causal que resultem dos factos. Assim, deve antes de mais eliminar as possibilidades que resultem dos factos provados e aguardar pelas afirmações que o segurador coloque sobre tipo e medida da causalidade, as quais deverá então rebater.

¹³²⁷ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I...* cit., p. 372.

de causalidade relativamente a eles. Lembremos que, aqui, a produção do dano na esfera do credor de informação deriva de uma cadeia causal que tem *parte dos seus componentes na esfera interna deste último*. O reconhecimento de um dano implica a prova de que, perante o cumprimento do dever de informar, o credor teria adoptado decisão diversa, levando tal, por sua vez, a que certas consequências patrimoniais desvantajosas não se tivessem produzido.

Ora, a prova deste elo intercalar da cadeia causal – de que, perante a totalidade da informação devida, *o sujeito se teria comportado de modo diverso* – tem levantado especiais problemas à face da prova da causalidade¹³²⁸. Conjuga-se aqui a natureza interna de tal processo e o facto de ser neste plano que se joga a *influência causal concreta* da violação face ao dano: é aqui que se estabelece se aquela ditou ou não o resultado relevante. Tais problemas levaram a jurisprudência alemã a propor, de um modo não isento de incoerências, nuns casos uma total inversão do ónus da prova e noutros a suficiência de uma prova de primeira aparência¹³²⁹. E levaram mesmo CANARIS a propor uma solução para estes casos fundada logo no juízo de condicionalidade, pensado por referência ao resultado concreto, tendo em conta a totalidade do processo causal¹³³⁰. Tratando-se aqui de um processo mental de fundamentação e tomada de uma decisão, sempre esta seria afectada, *na sua concreta motivação*, pela violação do dever de informação em causa. Para o autor, a decisão concretamente tomada, *ainda que no seu sentido coincidissem com a decisão que o seria perante informação cabal, dela divergiria necessariamente no respectivo processo de formação*. Em face das normas que impõem deveres de informação, está especialmente em causa *a tutela da*

¹³²⁸ Perguntar-se-ia qual o relevo de jurisprudência atinente a deveres de esclarecimento ("Aufklärungspflichten") para efeitos de deveres de mero aviso ou comunicação ("Anzeigepflichten"). Além de a terminologia do conjunto de deveres de consideração ordenado sob o "Oberbegriff" de "Informationspflichten" não se ter estabilizado, diga-se que os "Aufklärungspflichten", caracterizados como deveres de advertência para determinadas situações, desencadeados pelas circunstâncias concretas, são tidos como englobando (ao menos, em parte), os "Anzeigepflichten" e, em matéria seguradora, como englobando os "Anzeigeobliegenheiten" (cfr. DIRK OLZEN, *BGB § 241*, cit., n.ºs. 427-429 e 471 – no tocante aos seguros, o autor refere-se expressamente apenas ao regime da declaração inicial do risco, mas não se vê porquê excluir as demais situações em que o contexto prático-normativo e a terminologia legal não diferem, no que aqui releva).

¹³²⁹ Cfr. CLAUD-WILHELM CANARIS, "Die Vermutung "aufklärungsrichtigen Verhaltens" und ihre Grundlagen", cit., pp. 3-13; HANS-JÜRGEN AHRENS, "Die Verteilung...", cit., pp. 47-49; já antes, criticando o que retrata como verdadeiras ficções de causalidade, MARTIN HENSSLER, *Risiko...* cit., p. 163.

¹³³⁰ CLAUD-WILHELM CANARIS, "Die Vermutung "aufklärungsrichtigen Verhaltens" und ihre Grundlagen", cit., pp. 13-17.

autodeterminação e liberdade moral do sujeito decidente, credor da informação, justificando-se aqui considerar *o processo de motivação da decisão como uma parte da descrição do resultado.* Donde, uma vez violado este dever, *estaria à partida estabelecido o nexo de condicionalidade entre tal violação e a decisão tomada e, mediatamente, em relação às consequências danosas de que esta fosse causa.* E, uma vez que, aqui, o ponto problemático é o da causalidade concreta entre a violação e o dano – e, como tal, o problema da condicionalidade –, os demais patamares da causalidade, colocados num nível abstracto, não levantariam problemas. Ao devedor da informação restaria, pois, a prova do *comportamento lícito alternativo* – de que, mesmo tendo cumprido o seu dever, a decisão do credor da informação seria no mesmo sentido em que o foi.

Estas construções não têm tido, na esfera alemã, eco em sede de seguros, onde o ónus da prova da ausência de causalidade da violação do dever de informação – que nem sequer como excepção se admitia em vários casos à face da lei anterior – é actualmente simplesmente alijado por sobre o segurado (§ 26, III, n.º 1, e § 28, III). Poderiam já, porém, relevar face ao nosso sistema, onde não vale qualquer presunção de causalidade entre a conduta e o dano, cabendo ao segurador-credor fazer prova destes pressupostos do seu direito. Vejamos.

A questão apenas se coloca quando os deveres de informação em causa *tivessem por escopo permitir ao credor da informação tomar uma nova decisão, e não apenas retirar consequências do que resulte do seu acordo com o devedor de informação.* Este escopo existe face às duas *fattispecie* positivadas. A comunicação dos agravamentos do risco visa permitir ao segurador deliberar sobre propor a modificação do contrato ou a sua resolução; e a comunicação do sinistro visa também permitir ao segurador decidir a adopção de medidas de salvamento, quando o contrato o previr. Esta última hipótese normativa visa também permitir ao segurador organizar a recolha de meios de prova, vindo naturalmente aí implicada a tomada de decisões (vg., quanto à realização de inspecções). Neste último caso, está, porém, desde logo em causa não uma decisão prospectiva, mas a salvaguarda de meios de prova.

Ora, confluindo as preocupações metodológicas aqui adoptadas com as tomadas a sério por Canaris, não parece, porém, que, em *face da teleologia das normas que impõem os deveres de informação para com o segurador* se deva recortar o resultado causalmente relevante por referência ao processo motivacional

do decidente¹³³¹. Trata-se aqui de um contexto em que o credor da informação é um profissional que utiliza a informação de modo padronizado face a *processos de decisão massificados e tipificados*, em que um momento de ponderação pessoal não está em causa. Releva a protecção de interesses patrimoniais do segurador e não, como acontece à face da tutela informativa geral do declarante, a preservação do seu espaço autónomo de decisão¹³³².

Tudo está, pois, em saber qual o *enquadramento previsto para uma informação daquele tipo à luz das práticas decorrentes do modelo de negócios do segurador*, não relevando o respectivo processo de formação. Temos, pois, que, nesta sede, a prova da causalidade que recai sobre o segurador é a de que, sem a violação do dever de informação, *o sentido de uma sua decisão seria diferente*, tendo tal acarretado consequências patrimoniais desvantajosas. Tal coaduna-se também com a que é a mais adequada distribuição do ónus da prova em causa. De outro modo, imporíamos ao segurado-leigo, mais ainda do que uma prova exigindo especiais qualificações técnicas – face a informação apta a influir nas condições do contrato, teria que se provar, por cálculo actuarial, a irrelevância desta face ao risco relevante no contrato e, por esta via, face ao prémio –, uma *prova exigindo o conhecimento do modelo de negócios do segurador*, já que não há um modo apenas de gestão da cobertura daquele risco. Ora, esta seria duplamente inacessível face ao segurado – tecnicamente e por força da protecção dos segredos comerciais do segurador –, acabando este por ficar na pura dependência da colaboração do seu adversário para se eximir às consequências danosas.

De resto, o regime do agravamento do risco corrobora estes juízos, ao colocar sobre o segurador, em face do regime especial plasmado no art. 94.º, n.º 2, o ónus de demonstrar que *em nenhum caso celebra contratos atinentes à cobertura daquele risco*. Coloca-se, pois, sobre o segurador a demonstração das circunstâncias atinentes às suas práticas de cobertura – directriz que também deve valer em sede de

¹³³¹ Nem sempre a teleologia da norma exige – ou se coaduna mesmo – com a inserção da "história causal" na descrição do resultado. É, de resto, elucidativo a este propósito pensar-se que os exemplos geralmente utilizados para ilustrar a imprescindibilidade de tal recorte são exemplos juspenalísticos, atinentes a situações de auxílio material à prática de ilícito, requerendo, portanto, *dolo da parte do auxiliar* cuja intervenção apenas modifica o processo conducente ao resultado lesivo.

¹³³² SEBASTIAN KOLBE, "Vorsatz...", cit., pp. 552-553, comparando o relevo do dolo qualificado na sede seguradora com a tutela face ao dolo em sede de vícios da vontade. Diferentemente do que acontece em face do § 123 BGB, não se trataria aqui de proteger a autodeterminação da contraparte, por si: não se trata aqui de proteger a liberdade do segurador de decidir cobrir ou deixar de cobrir danos que não estariam na verdade a seu cargo, mas antes de os retirar da sua esfera, se ilegítimos.

redução da prestação na medida dos prémios.

Cabe, em suma, ao segurador a prova de que *a violação do dever de informação o levou a actuar de modo diverso daquele como teria actuado caso tivesse sido cabalmente informado, tendo tal provocado danos na sua esfera*. Foi isso mesmo que, de resto, vimos ocorrer acima a propósito dos danos causados pela preclusão da adopção de medidas de controlo das consequências do sinistro, devendo o segurador alegar e fazer prova – ainda que aligeirada – das medidas que adoptaria e da sua eficácia potencial. No que toca à exigência de que seja o segurador a identificar as medidas precludidas, vimos, aliás, ser conforme o juízo dos ordenamentos alemão e francês.

§ 3 A resolução por justa causa

A violação destas exigências de conduta poderá também fundar o surgimento na esfera do segurador de um *direito potestativo de resolução do contrato de seguro*, atingindo-o enquanto instrumento que institui um ordenamento privado vinculativo das partes. O contexto é o da possibilidade de fazer cessar um *contrato duradouro* – categoria que mobiliza tanto o *princípio da fidelidade ao pactuado*, como a *protecção da liberdade pessoal contra uma vinculação perpétua*. Para a hipótese que nos ocupa, de incumprimento destas exigências de conduta ligadas ao sinistro, releva como fiel da balança a possibilidade de fazer cessar o contrato *por justa causa*¹³³³¹³³⁴.

Podemos descrever a justa causa como "qualquer fundamento, facto ou situação em face da qual, e segundo a boa fé, não seja exigível a qualquer das partes manter a relação contratual"¹³³⁵. Num contrato como o de seguro, inervado pela

¹³³³ REINHARD ZIMMERMANN, *Breach of contract...* cit., pp. 36-37, aponta exactamente que a exigência de certa gravidade no incumprimento deriva de a cessação do contrato ser um desvio à regra *pacta sunt servanda*, tendo por efeito o lançamento sobre a parte inadimplente de um risco que, nos termos do contrato, deveria ter sido suportado pelo contraente fiel.

¹³³⁴ Sobre o tema da resolução do contrato de seguro com justa causa, cfr., entre nós, em geral, FRANCISCO LUÍS ALVES, *Direito dos seguros, Cessação do contrato, Práticas comerciais*, Almedina, Coimbra, 2015 n.º 14.1.1.

¹³³⁵ JOÃO BAPTISTA MACHADO, "Pressupostos da resolução por incumprimento", cit., pp. 135 e ss. e, para a citação, p. 143; mais recentemente, PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, *Da cessação do contrato*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 236. A jurisprudência alemã reconhece já de longa data a resolução por justa causa das relações duradouras, com fundamento na boa fé, quando tal relação "in enges Zusammenwirken zwischen den Vertragspartnern erfordern und ohne ein ungestörtes Vertrauensverhältnis und gegenseitiges Einvernehmen eine sinnvolle Vertragsabwicklung nicht möglich ist", sendo a manutenção da relação inexigível à parte fiel (cfr. a jurisprudência referida no ac. do BGH de 03.10.1984, IVa ZR 76/83, nm. 11. Com a positivação pela SRM da "Kündigung aus

dependência mútua entre as partes para efeitos de superação das assimetrias informativas que o caracterizam, esta justa causa corresponde às situações de *quebra da relação de confiança* existente entre aquelas: a *gravidade do incumprimento apta a fundar o direito à resolução afere-se sobretudo pelo valor sintomático do incumprimento no tocante a essa confiança*. Trata-se de um fundamento que vale em geral não só face à violação dos deveres mais imediatamente ligados à prestação, como face à *generalidade das exigências de conduta que brotam da relação obrigacional complexa*¹³³⁶⁻¹³³⁷.

Interessa, pois, determinar quando a conduta dos sujeitos ligados ao risco torna inexigível ao segurador a manutenção da relação. Está em causa um juízo de proporcionalidade entre o dever incumprido e a manutenção do vínculo. Em geral, esta ponderação atenta na dimensão do desvio entre a conduta devida e a efectuada, na importância do dever violado, no grau de culpa e na reiteração ou não da conduta. Concretizando estes parâmetros face às exigências de conduta aqui em causa, *não se poderá dispensar a referência à culpa no seu incumprimento*, já que, como melhor sublinharemos, ela é parte da delimitação das próprias esferas de risco contratuais¹³³⁸. A bitola de culpa exigida poderá já ser diversa em função dos

wichtigem Grund" como fundamento geral de cessação do contrato, tornou-se claro que o conceito-chave para o seu accionamento é, tanto para os deveres de prestação, como para os de consideração, o da *inexigibilidade da manutenção da relação contratual* (salienta este ponto, nomeadamente, GREGOR BACHMANN/GÜNTHER H. ROTH, *BGB § 241, III/IV* cit., nm. 53; frisando também o papel do critério da exigibilidade, que é afinal o decisivo, HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, "Leistungspflichten...", cit., p. 304).

¹³³⁶ Veja-se, LUIGI MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1950, pp. 103 e ss., reportando-se à *violação de obrigações continuadas ou de execução periódica* que, ainda que objectivamente pouco graves, possam pôr em causa a "fiducia" contratual, sendo de tal ordem que possam "togliere la speranza nei successivi adempimenti", e valorando, sobretudo nas pp. 120 e ss., a particular relação de "fiducia" que brota dos contratos *intuitu personae*, assentes na estreita cooperação entre as partes. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão...* cit., p. 406, parece ter sido o responsável pela introdução no pensamento jurídico nacional da perspectiva da resolução como reacção possível aos casos de incumprimento de um dever lateral, uma vez que este corporizava uma hipótese de cumprimento defeituoso do contrato.

¹³³⁷ De resto, já, a este propósito, REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., pp. 298-299, reconhecia dificuldades na demarcação entre as *Obliegenheiten* e as obrigações no âmbito das relações jurídicas duradouras. O A. evoca o que parece ser a resolução do contrato com fundamento na quebra da confiança – o autor fala dos casos em que, devido a um "ungehörige[s] Verhalten" da parte incumpridora, deixa de ser exigível à contraparte uma manutenção da relação jurídica. Aqui teríamos uma aproximação entre as consequências jurídicas previstas para a violação de um dever lateral e as previstas para a violação de *Obliegenheiten*. Reportando a resolução do contrato de seguro no caso da causação dolosa do sinistro em seguros com pluralidade de sinistros não a incumprimento, mas a quebra de confiança no "gestor do risco", ANTIGONO DONATI, *Trattato...II*, cit., p. 139.

¹³³⁸ A VVG condiciona a resolução para futuro por violação de *Obliegenheit* através de pressupostos subjectivos, só estando o expediente em geral disponível no caso de violação pelo menos com

demais factores ponderados – sem que, porém, possa relevar uma conduta que não chegue ao patamar relevante para accionar a *fattispecie* em causa, já que essa estará ainda dentro do risco transferido. De resto, a repetição da violação adensará o pólo da gravidade, podendo levar à suficiência de uma culpa menos graduada. Por outro lado, uma culpa especialmente graduada poderá pôr em causa a subsistência da relação, mesmo que não haja um dano actual para o contraente fiel¹³³⁹ – hipótese que pode colocar-se com especial acuidade dada a exigência de um dano significativo para retirar consequências da violação dolosa dos deveres de salvamento e informação pós-sinistro.

De resto, no ordenamento alemão apela-se também à "função social" do seguro em causa para aumentar a exigência que se coloca à exigibilidade – em especial, exigindo-se a violação dolosa para que o incumprimento possa accionar a resolução de um seguro de saúde¹³⁴⁰. Há aqui porém que marcar distância face ao nosso ordenamento – mesmo pressupondo que se estivesse perante um seguro de saúde de longa duração, que, no nosso ordenamento, não é a regra. De um lado porque, dada a conformação do sistema de saúde, o papel sistemático dos seguros

negligência grosseira. Apenas no caso de agravamento do risco ou falta de comunicação de um agravamento ocorrido se abrem as portas à cessação do vínculo mediante negligência simples – requerendo novamente a culpa, portanto. A justificação para esta maior severidade está na alegação de que um agravamento do risco onerará duradouramente o segurador no contrato (KOMMISSION ZUR REFORM DES VERSICHERUNGSVERTRAGSRECHTS, *Abschlussbericht...*, cit., pp. 41-43) – alegação não inteiramente convincente, já que exactamente o mesmo se pode dizer de qualquer violação de *Obliegenheit* destinada ao controlo do risco, cujo cumprimento se coloque previamente ao sinistro. A doutrina recente considera que pode também haver lugar à resolução nos termos gerais – HELMUT HEISS, "§ 28", cit., p. 812, subordinando a sua invocação ao requisito de que o incumprimento leve a uma quebra da relação de confiança; SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., p. 269.

¹³³⁹ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria...* cit., pp. 555-558, retirando consequências em sede de resolução por justa causa da natureza de contrato de confiança reconhecida a um negócio e considerando que a quebra de confiança é passível de justificar a resolução do contrato pelo *deceptus*, independentemente de este ter sofrido um prejuízo certo e actual em consequência da conduta do outro contraente. Não se trata, porém, ainda aqui, de reparar a violação da confiança, mas de pôr termo à relação que a funda. Até por isso, não se trata de uma manifestação *stricto sensu* de responsabilidade pela confiança. Articulado o relevo central da confiança no contrato de seguro e a possibilidade que aí se abre de resolução por justa causa, ac. do BGH de 03.10.1984, IVa ZR 76/83, nm. 12.

¹³⁴⁰ JÜRGEN PRÖLSS, "Künftige...", cit., p. 479; na jurisprudência, veja-se o referido ac. do BGH de 03.10.1984, IVa ZR 76/83, que considerou que, dada a função social que o seguro de saúde desempenha no ordenamento alemão, este apenas poderia ser resolvido com justa causa em casos muito contados, atinentes a fraude para obtenção da prestação seguradora. Face à hipótese concreta, em que o segurado continuou a receber prestação por incapacidade temporária ao tempo que exercia actividade profissional, considerou-se que o exercício dessa actividade não era incompatível com a situação de incapacidade, podendo mesmo inserir-se numa desejável busca de nova ocupação, desde que as tarefas desempenhadas fossem compatíveis com a incapacidade em causa – o que se seria o caso, face à assinatura de contratos de mediação de seguro pelo segurado, não se provando que este desempenhasse mais do que essa actividade meramente formal, não havendo porém prova bastante para o afirmar.

de saúde privados é diverso nos dois ordenamentos, um *beveridgiano* e o outro permitindo um *opting out* total do sistema de seguro obrigatório a partir de certo patamar de rendimentos. Por outro lado, porque as portas da resolução se abrem, perante o anterior § 6, I, e o actual § 28, I, perante uma única violação de norma de conduta.

Afirma-se também nesta sede a divisibilidade dos efeitos da resolução, quando esteja em causa um seguro celebrado por conta de um grupo de segurados, cada qual titular de um interesse seguro autónomo – como ocorre face aos seguros de saúde atinentes a um conjunto de sujeitos, sobretudo familiares. Aqui, a proporcionalidade que inerva a resolução não justificará que se alargue a todos o efeito extintivo fundado na quebra de confiança que concerne apenas a um dos sujeitos. Fundando-se as várias coberturas no mesmo negócio jurídico, parece-nos que deverá então haver uma mera redução do seu conteúdo, expurgando dele a parte atinente à relação afectada¹³⁴¹. Mais complexa se afigura a situação em que o segurado infiel é simultaneamente o tomador do contrato de seguro celebrado por conta própria e alheia. Na medida em que este não seja, porém, simultaneamente, gestor dos restantes riscos, parece-nos que a solução deve ser a mesma, modificando-se o contrato de modo a expurgar dele a cobertura do risco em causa, mas mantendo-se a dos restantes sujeitos, e mantendo-se o sujeito no papel apenas de tomador não segurado¹³⁴².

A resolução só tem, no seguro enquanto contrato de execução continuada, efeitos para o futuro¹³⁴³. Quanto ao prazo para exercício do direito, este deve ser razoável, sob pena de se criar confiança na permanência do vínculo, vindo a

¹³⁴¹ Estas soluções de divisibilidade dos efeitos da resolução são exploradas por FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos...* cit., pp. 361 e ss., no contexto da análise do regime dos contratos mistos. O autor arranca da equiparação de base da resolução às invalidades (art. 433.º do CC) para mobilizar para esta sede o regime da redução dos negócios jurídicos, que também poderia ser invocado com proveito para as hipóteses em texto. Para uma previsão expressa de divisibilidade de efeitos da resolução relativamente a seguros que sejam contratos mistos, cfr. o art. 66. da LA e, na doutrina, MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., pp. 319-320.

¹³⁴² Afirmando a separabilidade dos efeitos da resolução em caso de conduta fraudulenta por parte do tomador-segurado, ac. do BGH de 03.10.1984, IVa ZR 76/83, nm. 20 e ss., considerando-se que a função social do contrato de seguro de saúde poderia mesmo paralisar uma declaração de resolução total do contrato, face ao interesse do filho do tomador-segurado em manter a cobertura.

¹³⁴³ Cfr. o art. 434.º do CC. Já LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário...*, II, cit., pp. 500-501, retrava este contrato como de execução continuada, o que determinaria que a condição resolutive operasse *ex nunc*, e não *ex tunc*, porque "não obsta[va] a que o segurador [houvesse] suportado já o risco e imped[ia] que o segurado novamente se segur[asse] contra os riscos já passados ou exi[gisse] os prémios pagos"; na doutrina recente, por todos, MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...* cit., pp. 453 e ss.

resolução constituir um *venire contra factum proprium*¹³⁴⁴.

§ 4 Para lá do RJCS, a via indemnizatória

Vimos que o dano consiste aqui maioritariamente na constituição ou agravamento de um dever de prestar. Perguntar-se-ia se podia, ao invés de recorrer ao remédios da redução da prestação, exigir uma indemnização do incumpridor. Não há óbice de princípio a tal: não descortinámos argumentos de natureza jurídica das posições em causa que o repudiem; e claro está que a mesma factualidade pode preencher pressupostos de várias normas. Aliás, tanto no Direito comparado, como no Direito pátrio anteriormente vigente encontramos exemplos de previsão de consequências indemnizatórias associadas à violação destas exigências de conduta¹³⁴⁵⁻¹³⁴⁶. Tudo está em saber em que medida o sentido destas exigências de conduta, recortadas ademais por normas semi-imperativas¹³⁴⁷, consente a acoplagem

¹³⁴⁴ PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, *Da cessação...* cit., p. 237.

¹³⁴⁵ Lembre-se que, nos termos da Proposta de directiva de 1979, a sanção para a violação do dever de salvamento (salvo nas hipóteses de incumprimento intencional com intenção de prejudicar ou enganar) consistia na atribuição ao segurador de uma faculdade de pedir a reparação dos danos ao incumpridor (art. 7. n.º 4, da versão final). Era também de previsão de consequências jurídicas indemnizatórias a recomendação de GIESELA RÜHL, *Obliegenheiten...* cit., pp. 359-360, para o regime dos deveres de informação pós-sinistro, com o escopo, porém, de proteger o segurado contra a desproporção que a exoneração total constituiria. Mesmo à face da feição do ordenamento alemão, pré e pós 2008, a possibilidade de recurso às consequências indemnizatórias em lugar das previstas na VVG é geralmente afirmada pelos defensores da "Verbindlichkeitstheorie". Segundo ALBERT EHRENZWEIG, *Die Rechtsordnung der Vertragsversicherung, Das Gesetz über den Versicherungsvertrag und das Versicherungsregulativ samt Nebenvorschriften*, Manzsche, Viena, 1929, pp. 113-114, salvo quando o legislador expressamente limitasse as consequências jurídicas do incumprimento de determinado destes deveres, poder-se-ia mobilizar os termos gerais relativos ao incumprimento (reparação, pactuação de cláusula penal); e, nos limites da lei, o mesmo parâmetro valeria para as *Obliegenheiten* contratuais. ERICH PRÖLSS, *Versicherungsvertragsgesetz*, cit., p. 23, face à VVG 1908, considera que tais consequências jurídicas da violação de *Obliegenheiten* não poderiam estar excluídas quando fossem necessárias para a protecção dos interesses do segurador ou da colectividade interessada no seu cumprimento. Face ao direito actual, SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 208-211, 267-268 e 272 e ss., defende que o segurador pode, cumpridos os pressupostos gerais do direito à indemnização, optar por pedi-la.

¹³⁴⁶ Os defensores de sistemas de quotas de culpa tendem a tecer a esta possibilidade críticas *de iure condendo*, considerando que a um pensamento indemnizatório, porque lhe escapariam as finalidades preventivas que aqui são devidas em face da comunidade de segurados (CHRISTIAN ARMBRÜSTER, *Das Alles-oder-nichts...* cit., pp. 61-64, 76).

¹³⁴⁷ Assim, enfaticamente, ALBERT EHRENZWEIG, *Versicherungsvertragsrecht I...* cit., pp. 275-277, afirmando que aferir de quais meios jurídicos seriam consentidos pela norma legal ou contratual e adequados, em face das circunstâncias do caso, à salvaguarda do interesse do segurador, é algo que só se pode determinar mediante interpretação da norma e contemplação das circunstâncias concretas. Determinar em que medida as normas legais continham esta limitação seria, como se disse, uma questão a resolver por interpretação de cada norma – mesmo as normas semi-imperativas, face às quais decorreria uma proibição de pactuação de sanção mais gravosa do que as por elas cominadas, poderiam não cominar uma sanção específica, ou não o fazer claramente (cfr. p. 275, com exemplos).

de consequências reparatórias. O que vale por dizer que, se os regimes destas exigências de conduta não contendem com a reparação do dano, contendem com os pressupostos necessários para que a violação das exigências de conduta releve. Com efeito, pelo menos os pressupostos requeridos para accionar a redução, em termos de culpa, causalidade e dano relevante, devem sê-lo igualmente para o accionamento da consequência indemnizatória. De outro modo – vg., alterando a fasquia da diligência relevante – subvertíamos o regime da alocação do risco subjacente ao contrato.

Posto isto, torna-se patente que esta possibilidade não terá em geral interesse prático para o segurador – aliás, a exoneração e redução surgiram exactamente antes de mais predispostas nas apólices, por serem convenientes ao segurador. Este não logra por esta via obter, na generalidade dos casos, mais do que obteria com a redução da prestação, com a limitação de que aqui apenas pode exigir a indemnização ao incumpridor se ele for parte contratual, e de não poder aceder à tutela de modo extrajudicial. De resto, o tomador pode então sempre invocar a compensação, na parte correspondente, contra o crédito atinente à prestação do segurador (art. 847.º, n.º 2, do CC)¹³⁴⁸.

Surgem, porém, na sede que nos ocupa, hipóteses face às quais o remédio indemnizatório parece ser o único apto a dar satisfação cabal aos interesses lesados¹³⁴⁹.

Tal acontece quando os danos excedem a prestação que seria devida, o que pode acontecer face a danos correspondentes a despesas acrescidas de apuramento das circunstâncias do sinistro. Como vimos atrás, as despesas de liquidação do sinistro *correm normalmente por conta do segurador; e estas incluem também a determinação das circunstâncias do sinistro, face às quais se apura do cumprimento de exigências de conduta que tenham sido colocadas ao segurado*. Porém, o cumprimento defeituoso dos deveres de prestação de informações e documentos na sequência do sinistro pode causar um dano consistente no agravamento destas despesas, com *relevo precípua nos casos de tentativa de fraude*. Com efeito, é nesses casos que o segurador não pode assentar na cooperação do

¹³⁴⁸ Referem esta possibilidade ALEMANHA, "Begründungen zu den Gesetzentwürfen", cit., p. 81; ou JÜRGEN PRÖLSS, "Künftige...", cit., pp. 484-485.

¹³⁴⁹ Para lá das hipóteses que nos ocupam, a solução do pedido de indemnização pode ser especialmente acertada para os casos de *culpa in contrahendo* do tomador, em que este, depois de levar o segurador ao incurso em despesas relativas à mensuração do risco, não celebra afinal o contrato – SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., p. 272.

segurado, tendo antes que adoptar medidas extraordinárias, muitas vezes com recurso a terceiros – vg., face à necessidade de recorrer a peritagens especiais ou de contratar um detective privado.

Ora, estes casos colocam simultaneamente o problema da recuperabilidade das despesas extraordinárias colocadas por tais medidas – já que, apurando-se a existência de fraude, nada haverá a prestar por parte do segurador, não havendo pois uma prestação face à qual se possa processar a compensação por estas despesas.

Nestas hipóteses, tem, pois, interesse prático a invocação de uma pretensão indemnizatória autónoma. Face à contraparte contratual do segurador, tal poderá fundar-se na violação de um dever lateral no contrato. Face a outro sujeito ligado ao risco que não seja contraparte do segurador no contrato, poderá fundar-se uma pretensão indemnizatória delitual directamente na violação de normas de protecção, que são aqui as normas penais atinentes a burla de seguros; ou poderá ainda fundar-se tal na norma geral de abuso do direito, por violação dos bons costumes¹³⁵⁰.

Este remédio deve também estar disponível para as outras hipóteses em que a conduta culposa do segurado tenha por resultado danoso um agravamento das despesas com a determinação da ocorrência e circunstâncias do sinistro, na medida em aquelas não possam ser compensadas contra a prestação devida por força do sinistro¹³⁵¹. Neste caso, porém, não poderá erguer-se uma pretensão contra terceiro.

Por outro lado, o pedido indemnizatório pode ter interesse prático autónomo face a qualquer das consequências baseadas na redução da prestação, quando esta seja indivisível. Tal acontece relevantemente face às prestações em espécie: estas poderão não ser divisíveis sem inutilizarem o todo, não se mostrando a consequência da redução aqui operativa. Por outro lado, colocam o risco de haver fruição da prestação antes de se detectar a violação da exigência de conduta. Nestas hipóteses será, pois, adequado o recurso à tutela indemnizatória.

¹³⁵⁰ HORST BAUMANN, "§ 81", cit., p. 309; WOLFGANG VOIT, "VVG § 85 Schadensermittlungskosten", *Prölss/Martin Kommentar*, C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 09.09.2014), nm. 2. O ac. do OLG de Colónia, de 30. 7. 1992, Proc. 5 U 91/90, aplicou as normas penais sobre burla de seguros a título de disposições de protecção, num caso de fraude por indicação de quantidade superior à real de bens destruídos por incêndio.

¹³⁵¹ Tal possibilidade era expressamente admitida, vg., na fundamentação da VVG de 1908 – ALEMANHA, "Begründungen zu den Gesetzentwürfen", cit., p. 81; mais recentemente, JÜRGEN PRÖLSS, "Künftige...", cit., pp. 484-485.

IV. 3. Balanço

Regular estas exigências de conduta ligadas ao risco é ao mesmo tempo modelar o risco que transita para a esfera do segurador e o que permanece na do segurado. É consabido que *a criação e modelação de deveres laterais é ela própria um instrumento de distribuição do risco contratual*¹³⁵². Aqui, porém, mais saliente se torna essa *interacção entre esferas de responsabilidade e esferas de risco*, sem que, ao convocar com insistência o vector da responsabilidade, se queira afirmar que os deveres só se tornem relevantes para o Direito quando violados¹³⁵³. Quer-se, sim, afirmar que *estabelecer limiares de responsabilidade pelo cumprimento de deveres de conduta ligados ao risco é ao tempo traçar a linha do risco coberto pelo segurador e do risco retido na esfera do segurado*¹³⁵⁴.

Com efeito, os danos que o incumprimento causa *produzem-se através da membrana do agravamento dos deveres a cargo da contraparte-segurador*, não se tratando aqui da remoção de um qualquer dano decorrente do seu interesse na prestação principal da outra parte, ou produzido em outros seus bens jurídicos que a relação jurídica especial tenha tido especiais condições de ameaçar. Por isso, não podemos acompanhar os autores que simplesmente enquadram estes regimes em sede de responsabilidade civil contratual, considerando que estamos perante consequências indemnizatórias gerais¹³⁵⁵. Sem negarmos que estamos perante uma

¹³⁵² Assim, JOSEF ESSER/EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht, I...* cit., pp. 34 e 37, inserindo esta deslocação do risco através da criação de deveres laterais numa mais ampla perspetivação do Direito das obrigações a partir do ângulo da repartição de riscos (sendo o risco aí compreendido de um modo geral enquanto incerteza quanto ao futuro e podendo por isso ser ligado a qualquer tipo de "Sekuritätsinteresse"). Ou MARTIN HENSSLER, *Risiko...* cit., p. 139, referindo a este propósito uma "Verlagerung des Risiken" "durch überzogene Informationspflichten", já que o incumprimento destes abre as portas a uma desvinculação face ao contrato. Cfr. ainda MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "Crise financeira..." cit., p. 659; JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...* cit., p. 397; VOLKER EMMERICH, *Das Recht...* cit., p. 345.

¹³⁵³ Não se trata portanto apenas de saber o que significa este dever na perspectiva de um "homem mau", na linha de um pensamento dos direitos como acções como o que, na esfera americana, teve conhecida expressão em OLIVER WENDELL HOLMES, "The path of law", *Harvard Law Review*, 1996-1997, pp. 991-1009, *passim* e, por exemplo, p. 994.

¹³⁵⁴ Tal é também enfatizado de modo especialmente claro por HANS ROELLI, *Kommentar...I*, cit., pp. 193-195, conquanto de modo aparentemente preso aos quadros do regime da causação do sinistro enquanto pressuposto negativo do dever de prestar: "[Die Verschuldensfrage] greift nicht auf eine Vertragspflicht des Versicherungsnehmers, sondern auf den Umfang der vom Versicherer zu tragenden Gefahr zurück"; mais amplamente, HANNES UNBERATH, "Die Leistungsfreiheit..." cit., p. 538; WOLFGANG RÖMER, "Das sogenannte...", cit., p. 1188: "[d]as Risiko des vom VN selbst verursachten oder jedenfalls mitverursachten Schadens ist Vertragsinhalt".

¹³⁵⁵ Entendendo as consequências legais associadas à modificação da prestação do tomador ou do segurador em caso de declaração insuficiente do risco como tendo natureza indemnizatória, já que reconstituíam a situação actual hipotética, SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., p. 277; a A. reforça esta ideia na p. 299, considerando que estas normas têm natureza de "pauschalierte Schadenersatz", com elementos punitivos adicionais. Na esfera italiana, segundo LUIGI FARENGA,

situação de cumprimento defeituoso do contrato – antes por o afirmarmos –, devemos sublinhar o ecletismo desta categoria para nos fincarmos na necessidade de atentar particularmente na especialidade destas exigências de conduta e do regime que enquadra o seu incumprimento.

Tornemos, pois, ao modo como os pressupostos do incumprimento foram convocados aqui. O desvio patrimonial adverso experimentado pelo segurador não advém da lesão do seu interesse na prestação da contraparte, ou de outros bens jurídicos existentes na sua esfera, mas sim da extensão que passa a assumir o seu dever de prestar. É exactamente em atenção à extensão que *deve assumir* o seu dever de prestar, para que se *dê cumprimento à finalidade do contrato*, que se concretizam os pressupostos da remoção destas consequências. Não é outra a *explicação para o recorte que a culpa conhece aqui*. Esta vale como a *diligência face aos bens sobre os quais incide o risco transferido*, sendo densificada em atenção à posição do segurador-devedor, que fixou o prémio cobrado em vista de determinado risco, e em atenção à posição do credor-segurado, que deverá poder retirar utilidade da cobertura que adquiriu, o que implica que esta lhe garanta segurança face à incerteza. Assim, a culpa vale aqui como *critério de balizagem entre as condutas do segurado cujas consequências se transferem para a esfera do segurador* – as que cumprem com o standard de diligência – e aquelas cujas consequências são retidas na sua esfera. Foi para servir esta função que a culpa mobilizada para avaliar a conduta do segurado se graduou, passando a deixar na esfera do segurado apenas as consequências das condutas respeitantes à negligência grosseira e ao dolo e, no caso da causação do sinistro, apenas as consequências das condutas dolosas. Juntamente com o com o critério da culpa, actua o da *causalidade*, que introduz um limite de *proporcionalidade* nas consequências jurídicas da violação destas exigências, vedando que correspondam, sem mais, à perda da prestação seguradora que garantiria aquela segurança.

A compreensão do recorte destas exigências de conduta como linha divisória

Diritto delle assicurazioni private, G. Giappichelli, Turim, 2010, p. 199, as consequências jurídicas previstas pelo *Codice*, por atenção à especial natureza do contrato, geralmente correspondentes à redução ou perda da contraprestação, correspondem a um verdadeiro ressarcimento do segurador, dada a alteração do sinalagma contratual induzida pelo não cumprimento, e não à perda de um direito do segurado. Face à consequência jurídica da redução da prestação do segurador na medida do prejuízo sofrido (1915., 2.º), GIUSEPPE FANELLI, "Assicurazione, II) Assicurazione contro i danni", in *Enc. Giur.*, Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1988, pp. 1-30, p. 17, considera estarmos perante uma consequência indemnizatória.

do risco transferido pareceria comprometer decisivamente as possibilidades de lançar sobre tais condutas um juízo de desvalor. Dissolver-se, pois, a missão das normas que criam determinado standard de conduta na conformação do risco transferido, e o seu não cumprimento equivaleria simplesmente a uma opção de gestão dos riscos incidentes sobre a própria esfera.

Tal seria, porém, muito redutor, face aos fundamentos materiais destes regimes a que aludimos na Parte III e que vimos aflorar na justificação das soluções de regime. Vimos que os regimes criados pelo RJCS dão expressão aos cânones da ordem pública, dos bons costumes e da boa fé – no tocante às exigências de conduta recortadas pela lei, pode dizer-se que os comportamentos em causa sempre seriam impostos por decantação directa deles. O facto de se tratar aqui de uma delimitação simultânea de esferas de risco e de responsabilidade não impõe que seja uma delimitação despojada de intencionalidade práctico-normativa – conquanto permita também explicar os casos, que veremos relevar da criação de exigências de conduta por contrato, em que se trate apenas de especificar os termos da cobertura do risco.

Cumpre, pois, numa visão panorâmica agora, perceber que desenho assoma da regulação legal – desenho este que demarca as fronteiras do risco tipicamente transferido pelo contrato no que toca à actuação do segurado sobre o risco (seguro).

Curámos de exigências de conduta ligadas à "administração" do risco seguro. Esta compõe-se tanto de condutas em relação aos bens sujeitos ao risco, como de condutas que são auxiliares de tal gestão, visando permitir ao segurador obter a informação e o controlo necessários à determinação da sua prestação, levando à relevância jurídica o que são primariamente fenómenos extrajurídicos¹³⁵⁶. O traçado da divisória das esferas de risco é diferente para as primeiras e para as segundas.

Em face da actuação sobre os bens sujeitos ao risco, a bitola de base é a da actuação como se se não estivesse segurado, corrigida, na linha de LOOSCHELDERS, *pela consideração da função do seguro de permitir uma mais alargada exposição*

¹³⁵⁶ HARALD BISCHOFF, "Versichertes...", cit., p. 802. Não acompanhamos já o autor, como se verá de seguida em texto, quanto ao modo como opõe um e outro dos conjuntos. Por um lado, porque não sufragamos que o critério da diligência requerida nas condutas em relação aos bens seguros seja o da actuação como se não estivesse segurado; por outro, porque não parece que só nessa sede possa haver um conflito com interesses do segurado que apontassem para uma gestão do risco de modo diverso àquele para que apontam os interesses do segurador – basta pensar, na matéria dos seguros de pessoas, nos interesses legítimos do segurador em não transmitir informação relativa à sua esfera pessoal.

ao risco. É esta que faz a demarcação do risco transferido em sede de salvamento, elevando o patamar da relevância até à negligência grosseira; e que se entrelaça na interpretação teleológica do contrato de seguro que permite reconhecer as hipóteses de causação do sinistro por omissão ou através de processos causais indirectos.

É também uma preocupação de conservação da consistência da cobertura que assoma quando a lei exige, tratando-se de deveres de transmissão de informação ao segurador, *que haja conhecimento efectivo da factualidade por parte do devedor*. Tal exime o segurado a uma investigação constante e completa da sua esfera, garantindo-se que apenas lhe será assacado o incumprimento quando tenha tido a informação bastante para orientar correctamente a sua conduta.

Aqui assoma uma diferença entre as condutas informativas, cuja adopção só faz sentido nos quadros do contrato de seguro celebrado e outras que se prendem com uma conduta diligente em relação aos riscos. Se face às primeiras vale um parâmetro de culpa reforçado, já para as segundas basta a negligência simples. Conversamente, enquanto às primeiras basta a cognoscibilidade das circunstâncias relevantes para accionar a intervenção do segurado, para accionar as segundas exige-se que haja conhecimento efectivo de tais circunstâncias.

Entre as exigências de prestação de informação insere-se a de prestação de informações quanto ao sinistro. É por via desta que se concita a intervenção directa do segurador sobre o risco ou as consequências do sinistro, determinando a adopção de medidas de salvamento ou procedendo à recolha de informações. É, pois, através do seu incumprimento que relevam os danos que advenham ao segurador desta intervenção – advindos da falta de oportunidade de intervenção nas operações de salvamento ou, nas hipóteses de fraude, no incurso em despesas acrescidas de recolha de informação. Também por isso releva que o segurado tenha ao menos a informação necessária para lograr ajuizar correctamente da articulação entre o facto e o contrato. E por isso não há antinomia entre a suportação dos danos decorrentes da falta de adopção de condutas de salvamento – correm por conta do segurado as consequências desta falta a contar da cognoscibilidade do sinistro – e a decorrente da falta de possibilidade de intervenção do segurador no salvamento – cujas consequências correriam por conta do segurado só a contar do conhecimento. Com efeito, as condutas salvadoras determinadas pelo segurador e como tal financiadas por este sem limites podem ser muito mais eficientes, não se justificando que se impusesse a diferença entre o que poderia resultar destas e o dano efectivo a um

segurado que não chegou a conhecer efectivamente o sinistro.

De resto, a atenção aos deveres de informação a cumprir após o sinistro alertou-nos para o facto de, aí, o incumprimento poder causar um dano autónomo na esfera do segurador, que já não passa pela membrana dos seus deveres de prestação. É o que acontece quando tal incumprimento suscita a realização de despesas especiais para apuramento dos termos de produção do sinistro, sobretudo em situações de suspeita de fraude. Tal alerta-nos para a potencial diferença de natureza do *Tatbestand* violado – o que melhor veremos a finalizar a parte VI.

De resto, impõe-se em todas as hipóteses que a violação da exigência de conduta cause um dano ao segurador. A excepção coloca-se novamente em sede de condutas informativas, quando haja dolo qualificado, com o propósito de obtenção de uma vantagem, da parte do segurador.

Estas normas traçam, pois, a este respeito, a alocação dos riscos correspondente ao *justo equilibrio entre as posições das partes*, com cujo sentido se dá materialidade ao tipo legal. Ao perceber a fisionomia desta alocação do risco como decantação de uma ideia da justiça correctiva, melhor percebemos a possibilidade da sua actuação como força de bloqueio a arranjos contratuais que dela se apartem – pois é então aquele justo equilíbrio que é posto em causa. Tal é claro perante as normas a que é atribuída força semi-imperativa¹³⁵⁷; mas, mesmo onde as normas sejam dispositivas, ou, para lá das hipóteses centrais de aplicação de umas e outras, face a regulações contratuais de sentido análogo, tais normas projectam o seu modelo sobre as convenções privadas – sobretudo quando, como

¹³⁵⁷ As quais na verdade, como vimos, corporizam por vezes mais do que uma mera ordem pública de protecção, dando guarida também à preservação de valores absolutamente cogentes, como a ordem pública e os bons costumes. Por tudo isto, é de rejeitar uma proposta radical e, ao que sabemos, minoritária, como a de PETER SCHIMIKOWSKI, "Überlegungen...", cit., pp. 357-358, que considerava que apenas seria necessário impor por via legal um destes deveres: o de declaração inicial do risco. Dada a sua inserção pré-contratual, tal dever não seria capaz de obter tutela por via do contrato. Afora este dever, todos os demais que aqui nos prendem (proibição de agravamento do risco, dever de comunicação deste agravamento, bem como os demais deveres colocados antes e depois do sinistro) deveriam ter por fonte o contrato, e não resultar directamente da lei. Esta deveria limitar-se a *dar uma indicação da possibilidade de os prever por contrato*, reportando-se a um elenco enunciativo de deveres; e, mais relevantemente, deveria *sobretudo regular de modo unitário as consequências do não cumprimento das Obliegenheiten*, e os *pressupostos comuns ao accionamento de tais consequências*. Cumprir-se-ia assim um mandato não só de coerência, mas também de transparência. Na verdade, esta tese não só ignora a interferência de parâmetros imperativos que impõem que estas exigências de conduta sempre se imponham na relação jurídica, ainda que não previstas, como, ao bastar-se com a regulação da consequência jurídica da violação de exigências de conduta, passando ao contrato um verdadeiro cheque em branco quanto à definição dos seus contornos, acaba por deixar a meio a tarefa de protecção do segurador que queria encetar ao reger as consequências jurídicas do incumprimento.

está aqui geralmente em causa, elas sejam compostas de cláusulas contratuais gerais.

É com esta bagagem que partimos para a Parte V, onde veremos este modelo de distribuição dos riscos próprios do contrato inerentes à actuação sobre o risco seguro do segurado e de outros sujeitos contratualmente relevantes a servir de esquadria às possibilidades de criação de exigências de conduta de sentido análogo pelo contrato.

V. Criação contratual destas exigências de conduta: possibilidades e limites

V. 1. Colocação do problema e alcance prático

§ 1. O retraimento do legislador do RJCS e a proliferação de exigências de conduta de fonte contratual

O plano contratual da criação e regulação destas exigências de conduta desempenha um papel central na explicação do seu surgimento. Como vimos logo no início, tal é parte da *delimitação contratual do risco transferido no produto jurídico seguro*. Perante o pano de fundo da liberdade contratual, o segurador conforma também através da criação destas exigências de conduta, *num recorte secundário, o risco que se propõe cobrir*. E, aqui como em geral, o carácter de *profissional do segurador e o carácter duradouro da relação contratual* determinam *uma grande densidade dos clausulados, efectuados em geral com recurso a cláusulas contratuais gerais*.

Cumpre, pois, determinar como os regimes contratuais se articulam tanto com as normas legais que dão forma às exigências de conduta ligadas ao risco, como com as demais normas do ordenamento que criam estatutos de protecção para a contraparte do segurador e os demais sujeitos ligados ao risco. Também aqui encontramos uma manifestação da dialéctica entre o fundamental reconhecimento da autonomia privada – acolhendo, em decorrência da própria Ideia de Direito, uma das formas de participação pessoal mais relevante na ordem jurídica – e o da integração e responsabilidade social¹³⁵⁸.

O relevo desta articulação põe-se com toda a acuidade para a generalidade dos seguros. Como vimos já acima, ao contrário do que acontece noutros sistemas de Direito comparado, não dispomos de uma norma especial de limitação dos deveres ligados ao risco de fonte contratual – que, porém, proliferam.

E, em sede de seguros de pessoas, tal articulação adquire mesmo contornos próprios. Com efeito, as normas que com algum grau de imperatividade regulam estas exigências de conduta em sede geral, *amiúde recuam em sede de seguros de*

¹³⁵⁸ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Curso...* cit., pp. 63-64.

peçoas, recusando aí aplicabilidade. É o que acontece relativamente ao regime geral de agravamento do risco face à cobertura do risco de vida, face às coberturas complementares de acidente e de invalidez por acidente ou doença, quando o agravamento resultar do estado de saúde da pessoa segura (art. 190.º, supletivo), ou face à cobertura autónoma do risco de doença, quando o agravamento resultar do estado de saúde da pessoa segura (art. 215.º, a), supletivo). E é o que acontece relativamente ao regime do afastamento e mitigação do sinistro, cuja aplicação se encontra sistematicamente excluída para o conjunto dos seguros de pessoas, e apenas é convocada pelo seguro de acidentes pessoais (art. 211.º, supletivo). Porém, não se inibe a criação destes deveres em sede contratual: a recusa da aplicação dos regimes gerais faz-se por normas supletivas. Tão-pouco se inibe ou regula expressamente a criação contratual de outros deveres, gerais ou específicos.

Este retraimento legal *contrasta com a realidade contratual*, onde é comum a *criação de deveres* de prevenção antecipada do sinistro, de deveres de mitigação das consequências do sinistro em curso, ou de deveres de informação do segurador¹³⁵⁹.

Assistimos, pois, a um acerta contradição entre o que parece ter sido a intenção legislativa – uma intenção de protecção da pessoa segura, num âmbito em que estão em causa direitos de personalidade, não criando à partida deveres na esfera do segurado – e o efectivo resultado do recuo regulativo. Com efeito, *esta desaplicação dos regimes gerais é operada por normas supletivas*; ora, *quando os deveres reaparecem contratualmente, o segurado não dispõe da protecção decorrente das normas semi-imperativas que colocam em sede geral um tecto às consequências do incumprimento*.

Tal recuo legislativo não é, porém, fundamento bastante para assacar ao legislador a censura pela omissão da protecção devida aos direitos fundamentais dos segurados, em atenção à (potencial) via metódica de equacionamento de um défice de protecção violador do princípio da proporcionalidade na vertente de princípio da

¹³⁵⁹ Assim, apenas a título de exemplo, nas apólices de seguro de acidentes pessoais ou de seguro de saúde consultadas, surge o dever de cumprir as prescrições médicas em caso de sinistro, a par do dever de adoptar todas as providências para evitar ou, pelo menos, diminuir o agravamento das consequências do acidente ou da doença, ou o dever de promover o envio de declaração médica certificativa das lesões ou de comunicar a sua cura. Paralelamente, exclui-se a cobertura de sinistros causados com negligência grosseira, bem como de "actos ou omissões que envolvam perigo iminente para a vida ou integridade física da pessoa segura", ou a cobertura de actos médicos decorrentes do agravamento doloso do estado de saúde, ou ainda os danos decorrentes de recusa ou incumprimento dos tratamentos prescritos.

proibição do defeito¹³⁶⁰. Outros operadores estão disponíveis para essa protecção.

Os operadores privilegiados serão de um lado o RJCS e de outro o regime das cláusulas contratuais gerais. Trata-se, pois, por um lado de um regime que compreende a regulação face a deveres análogos, mas que é exactamente omissa na regulação deste ponto. E trata-se por outro lado de um regime geral apto à fiscalização do conteúdo de cláusulas subtraídas à negociação individual, mas concebido com alcance geral, sem ter especificamente em vista o âmbito segurador ou esta problemática concreta. Na distância que separa um do outro, servirão não raras vezes de azimute os regimes de Direito comparado referidos acima, que visam responder à questão concreta com que nos deparamos.

§ 2. As vias normativas da protecção do segurado

Na densificação da tutela prodigalizada face à particular posição de fragilidade do segurado, encontramos-nos no cruzamento de três afluentes: o que lhe advém do facto de se tratar de um seguro de riscos de massa, o que lhe advém de estar perante um contrato de adesão e o que lhe advém da qualidade de consumidor.

A. A protecção na contratação de seguros de massa e a tutela do consumidor: sua não coincidência

A identificação da parte mais frágil em Direito dos seguros passa não pela figura do consumidor, mas pelos contornos consideravelmente mais amplos do tomador dos seguros de riscos de massa. É para proteger um tomador com esta qualidade que se ergue a barreira da semi-imperatividade que demarca o reduto da tutela informativa ou conteudística prodigalizada pelo Direito dos seguros (art. 13.º do RJCS).

À face do ordenamento jurídico nacional, considera-se consumidor *todo aquele* a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, *destinados a uso não profissional*, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios (art. 2.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor). Pode, pois, tratar-se de uma pessoa singular ou colectiva, e mesmo de pessoa que, à semelhança do fornecedor ou prestador, exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de

¹³⁶⁰ Seria então caso para entrar em diálogo com CLAUS-WILHELM CANARIS, *Direitos fundamentais e direito privado*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 56 e ss.

benefícios, desde que – no contexto que agora nos interessa – destine o serviço de cobertura de risco aqui em causa a um uso não profissional¹³⁶¹.

Por sua vez, o seguro de riscos de massa é recortado pela negativa, tendo tal qualidade todos os seguros que não sejam de grandes riscos (art. 2.º, n.ºs 3 a 6, do RGAS). Os seguros de grandes riscos encontram-se balizados por critérios não uniformes. A qualificação assenta sempre *sobre o tipo de risco coberto*, em si (art. 2.º, n.º 3, a))¹³⁶², ou *combinado* ora com o *critério da afectação do seguro a actividade industrial, comercial ou liberal exercida pelo tomador a título profissional* (art. 2.º, n.º 3, b))¹³⁶³, ora com o *critério da dimensão económica do tomador* (art. 2.º, n.º 3, c))¹³⁶⁴.

De comum com a definição de consumidor, o sujeito identificado como parte

¹³⁶¹ Afastamo-nos, assim, da noção diferenciada que se pretendia no Anteprojecto de Código do Consumidor, e que restringia tal qualidade às pessoas singulares, alargando porém a protecção às pessoas colectivas na medida em que não dispusessem nem devessem dispor de competência específica para a transacção em causa, bem como às pessoas singulares que não actuassem como consumidores quando preenchessem idênticos pressupostos; de modo converso, permitia-se que, de acordo com a equidade, fosse retirada tal tutela ao sujeito que, actuando como consumidor, dispusesse ou devesse dispor porém de competência específica para a transacção em causa – cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Sobre o Direito do consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor", in *Estudos de Direito do consumidor*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (coord.), Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2005, pp. 245-262, pp. 254-255. Sobre as razões subjacentes à tutela do consumidor, atinentes à desigualdade de poder entre consumidor e profissional, numa diagonal que perpassa não só as práticas comerciais concretas, como também outros aspectos em que a parte mais fraca se mostra carecida de protecção social perante o profissional, cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade...* cit., pp. 27 e ss. e especialmente pp. 65 e ss.

¹³⁶² Os seguros qualificados como de grandes riscos apenas *em razão da natureza do risco coberto*: são os seguros que cubram riscos de danos em veículos ferroviários, aeronaves, embarcações marítimas, lacustres ou fluviais, ou mercadorias transportadas (art. 2.º, n.º 3, a) e art. 123.º, respectivamente, 4), 5), 6) do RGAS), bem como os que cubram riscos de responsabilidade civil resultante da utilização de aeronaves ou da utilização de embarcações marítimas, lacustres ou fluviais (art. 2.º, n.º 3, a) e art. 123.º, respectivamente, 11) e 12) do RGAS).

¹³⁶³ Os seguros são qualificados como de grandes riscos *pela conjugação do critério da natureza do risco coberto e de um critério da destinação do seguro*, que se deve reportar a *uma actividade industrial, comercial ou liberal exercida pelo tomador a título profissional*: são, por este critério, seguros de risco os seguros de crédito e de caução quando se reportem a *uma actividade industrial, comercial ou liberal exercida pelo tomador a título profissional* (art. 2.º, n.º 3, b) e art. 123.º, 14) e 15)).

¹³⁶⁴ Os seguros são qualificados como de grandes riscos *pela conjugação do critério da natureza do risco coberto e de um critério de dimensão económica do tomador*. É o que ocorre face aos seguros que cubram danos em veículos terrestres propulsionados ou não a motor, que cubram danos causados por incêndios e outros elementos da natureza, ou causados por riscos agrícolas, pecuários, ou outros, como o roubo, desde que tais danos sejam causados em bens que não veículos ferroviários, aeronaves, embarcações marítimas, lacustres ou fluviais, ou mercadorias transportadas (art. 2.º, n.º 3, c) e art. 123.º, 3), 8) e 9)), que cubram os riscos de responsabilidade civil resultante da utilização de veículos terrestres propulsionados a motor, de responsabilidade civil geral ou perdas pecuniárias diversas (art. 2.º, n.º 3, c) e art. 123.º, 10), 13) e 16)), em qualquer caso desde que o tomador seja uma entidade empresarial com uma dimensão económica que exceda dois dos indicadores referidos no art. 2.º, n.ºs 4 e 5 (atinentes, face às contas consolidadas do grupo, ao exceder: a) de um total do balanço de 6,2 milhões de euros; b) de um montante líquido do volume de negócios de 12,8 milhões de euros; c) de um número médio de empregados durante o último exercício de 250).

mais frágil tem aqui o facto de poder ser pessoa singular ou colectiva. Não obsta a tal qualidade o ser uma entidade que actue no mercado com carácter profissional e escopo de obtenção de benefícios – desde que, tratando-se de seguros de certos ramos, de que são exemplo os danos causados por incêndios, os de responsabilidade civil resultante da utilização de *veículos terrestres propulsionados a motor* ou geral, ou os seguros de perdas pecuniárias, o tomador não ultrapasse determinada dimensão económica. E – eis a grande diferença – não obsta à qualificação de parte mais frágil mesmo o facto de *tais serem por ela destinados a uso profissional, desde que não se trate de seguros de crédito e de caução*.

Os seguros que aqui especialmente temos em vista são, pois, sistematicamente de qualificar como seguros de riscos de massa (arts. 2.º, n.º 6, e 123.º, 1) e 2), e 124.º, n.º 1, c)).

B. O regime da contratação com base em ccg

Como vimos vendo, os seguros assentam, na generalidade dos casos, na contratação com recurso a clausulados pré-elaborados e apresentados a um número indeterminado de contrapartes para adesão, sem lhe ser possibilitada, portanto, a influência sobre o conteúdo¹³⁶⁵. Tendencialmente, configuram não só *contratos de adesão*, sendo dotados das características da *pré-disposição, unilateralidade e rigidez*, como contratos compostos de *verdadeiras cláusulas contratuais gerais*, predispostas pelo segurador para os contratos de uma determinada categoria – dotadas de *generalidade* – que venha a celebrar e em vista de um *número indeterminado de contratantes*¹³⁶⁶. Se se lembrar que as cláusulas não deixam de ser ccg se o poder de determinação da contraparte se *limita à escolha de entre uma paleta pré-definida de clausulados*, predispostos para uma generalidade de negócios, ter-se-á uma noção mais clara ainda da extensão do fenómeno em sede seguradora¹³⁶⁷. Por ser através de ccg que tipicamente os contratos de seguros se

¹³⁶⁵ Assim, PROJECT GROUP RESTATEMENT OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW, *Principles...2015*, cit., p. 142 (C3), salientando exactamente que geralmente o tomador não tem possibilidade de influenciar os clausulados porque estes se encontram previamente redigidos pelo segurador. Na doutrina nacional, acentuando a articulação íntima entre oferta de serviços financeiros e contratação com recurso a ccg, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca... cit.*, pp. 175-176.

¹³⁶⁶ Para a distinção dos conceitos de contrato de adesão e de cláusula contratual geral e sua caracterização, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais", *ROA*, 1, 2002, ponto 3.

¹³⁶⁷ Tão-pouco neste caso o aderente tem a possibilidade de influenciar a formulação ou conteúdo

exprimem enquanto contratos de adesão, reportar-nos-emos, simplesmente, àquele tipo de cláusulas¹³⁶⁸.

A técnica da mutualização dos riscos não é sequer pensável sem a standardização dos clausulados a apresentar a todos os segurados que se acerquem para cobrir riscos com certas características. E, mesmo em seguros que transcendam aquela técnica, o interesse do segurador em delimitar o risco que acolhe na sua esfera determina a pré-elaboração do conteúdo dos clausulados e a sua apresentação para mera adesão. São, claro, pensáveis hipóteses de seguros em que as cláusulas com incidência sobre o recorte do risco – inclusivamente as que consagram exigências de conduta deste género – sejam resultado de negociação individual – pense-se nos seguros de grandes riscos que gozem de tamanha especificidade, que se torne indispensável a assessoria do próprio segurado na construção da cobertura; ou no contrato pontual de cobertura de um risco celebrado por um não profissional, que ainda assim mereça a qualificação de seguro. Estas estão, porém, fora do foco do presente trabalho.

O regime de tutela face à contratação com base em ccg abrange a generalidade dos co-contratantes, independentemente de actuarem como consumidores ou empresários ou entidades equiparadas. A diferença é apenas a da intensidade da tutela em sede de controlo do conteúdo dos clausulados, beneficiando os consumidores de protecção específica face a um elenco mais alargado de cláusulas absoluta e relativamente proibidas (arts 17.º e 20.º do RJCCG).

Não se trata, num conjunto normativo como o nosso, de uma protecção fundada num prévio desnível de poder económico, em concreto, de mercado, de uma parte em relação à outra¹³⁶⁹. O regime das ccg arranca efectivamente de uma

dos termos (PROJECT GROUP RESTATEMENT OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW, *Principles...2015*, cit., p. 143, C7)

¹³⁶⁸ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "O novo regime...", cit., ponto 3.

¹³⁶⁹ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., esp. pp. 330 e ss., e bibliografia aí citada. Com efeito, não se impõe como pressuposto de acesso ao regime qualquer averiguação de tal desnível – que, aliás, sempre seria problemática, dado o carácter difuso do juízo sobre o poder económico relativo. De resto, num sistema fundado na propriedade privada, toma-se como ponto de partida na interacção em mercado que os sujeitos arranquem de diferentes patamares de património e rendimento e, por isso, desde logo de diferentes posições relativas. Trata-se de um dado transversal a toda a contratação e não específico da que se processa com recurso a cláusulas contratuais gerais – dado esse que não justificaria, pois, a autonomização de um regime jurídico em torno delas (p. 337: "[a]o nivelar, sob a veste formal de partes contratantes, sujeitos cuja situação material, do ponto de vista económico, não é, em princípio, considerada, o mecanismo contratual permite, ocultando a sua natureza, que relações de poder e de supremacia se manifestem juridicamente como relações paritárias, abertas, por isso mesmo, à autonormação dos intervenientes"). Para uma aproximação do regime do controlo das ccg a um controlo massificado da usura, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS,

situação de inferioridade do aderente, mas que não se confunde com um desnível económico.

A fonte do desnível é identificada no próprio *modus* de contratar que está aqui em causa, que gera riscos específicos para o aderente. Isto encontra-se espelhado no Direito positivo, que não requer outra característica que não a contratação com recurso a clausulado estandardizado para que se aplique. Assim, entende-se que a própria utilização de ccg, "independentemente das posições de poder, globalmente consideradas, das partes em presença, inibe o aderente de defender os seus interesses, colocando-o numa posição negocial desvantajosa. Fala-se aqui de uma superioridade organizativa e "intelectual" – *hoc sensu*, informacional – do utilizador. Celebrando massivamente dado tipo de contratos, este tem o treino prático e, rodeando-se dos especialistas necessários, os meios para antecipar no clausulado os problemas que a execução contratual poderá colocar e dar-lhes a resposta mais satisfatória. A doutrina convoca também *factores de ordem psicológica* gerados por essa *pré-formulação* "dos termos inegociáveis em que o estipulante está disposto a contratar", que leva aliás a que tais cláusulas se aparentem, pelo seu aspecto e redacção geral e abstracta, a um sistema de normas legais: esta "gera no espírito da contraparte uma ideia de completude e imodificabilidade, que o desincentiva a tomar consciência crítica do seu conteúdo"¹³⁷⁰. Ainda quando o consumidor atipicamente tome dele conhecimento, prevalecerá "um sentimento de resignação e impotência", que o inibe de procurar a modificação de cláusulas que entenda desfavoráveis ou de recusar a contratação.

Resta dizer porque merece tal passividade do aderente tutela jurídica, não se lhe impondo que arque com as respectivas consequências. Trata-se aqui da *questão da inexigibilidade ao aderente de uma conduta de tutela activa dos seus interesses, que pudesse em última linha implicar mesmo uma recusa em contratar*¹³⁷¹. Nem

"Cláusulas iníquas ou abusivas no contrato de seguro", in *Congresso luso-hispano de Direito dos seguros*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 159-172, p. 166; para uma panorâmica da doutrina nacional sobre a temática dos contratos de adesão, MIGUEL NUNO PEDROSA MACHADO, "Sobre cláusulas contratuais gerais e conceito de risco", *RFDUL*, 1988, pp. 77-153, pp. 98 e ss.

¹³⁷⁰ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 345-347.

¹³⁷¹ Como veremos já de seguida em texto, esta inexigibilidade é concretizada por apelo a argumentos económicos, sendo crassamente ineficiente a *aquisição de mais informação* por parte do aderente, dados os custos desmesurados em tal implicados e a pouca plausibilidade do retorno associado – cfr. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 349-354. Numa análise custos-benefícios, o comportamento maximizador do aderente é o de não adquirir a informação necessária à cabal avaliação das cláusulas, já que os custos de aquisição de informação são desmesurados face às vantagens potenciais daí resultantes, dada a "credível inegociabilidade das condições apresentadas"

numa concepção da liberdade contratual que a reduza a *uma mera liberdade de escolha entre alternativas oferecidas à contratação*¹³⁷², logra ela estar presente em face à contratação com uso de ccg, face à assimetria informativa que estas criam. A determinação do alcance jurídico-económico destas cláusulas implica custos desproporcionados, face aos benefícios potenciais associados, pelo que permanece uma *falha de informação, que impede que o mercado funcione eficientemente*, já que os adquirentes não logram comparar entre si as várias ofertas. Isto não ocorre, *prima facie*, face à comparação entre os preços de cada uma, já que a sua análise é mais linear e que o consumidor foca nesse factor a análise que funda a sua escolha¹³⁷³.

Podemos, pois, concluir que a *regulação das ccg visa compensar uma verdadeira falha de mercado*¹³⁷⁴, evitando que a assimetria informativa que

e, face à hipótese da procura de outro ofertante, face à inexistência no mercado, ou dispendiosa cognoscibilidade, de um ofertante que pratique condições diferentes. Trata-se – diríamos, para lá do que diz o autor – de uma situação de ignorância racional. Diferentemente, a aquisição de informação é claramente vantajosa para o utilizador, integrando-se na sua estratégia de planificação para a contratação massificada, já que aquele pode repartir tais custos por um sem número de contratos. Não se trata de uma situação de resignação do contraente a "submeter-se, por falta de alternativas, a riscos de que está sabedor", mas antes da sua falta de "interesse em conhecer ao pormenor a regulação das vicissitudes relacionadas com a execução do contrato", centrando antes "a sua atenção nas utilidades que o seu objecto lhe pode proporcionar" (p. 354).

¹³⁷² JOHANNES KÖNDGEN, "Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht, Bemerkungen zum "Hypothekenzins-" und zum "Wertstellungs-Urteil" des BGH", *NJW*, 15, 1989, pp. 943-952, pp. 946-947; JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 354-355 e 360-364. Tal arreda o argumento que viesse rebater esta necessidade acrescida de tutela com a afirmação de que, em muitas outras actuais situações de aquisição de bens e serviços, o adquirente actua como um *market taker*, já os respectivos preços tão-pouco são apresentados à negociação, mas colocados numa lógica de "take it or leave it". Aliás, a concepção da liberdade contratual tem mesmo vindo a ser reconfigurada a esta luz: esta *não pode ser realisticamente concebida como uma liberdade de conformação do contrato – como a concebem autores como Flume ou Emmerich*. São muito enfáticas as palavras de CLAUS-WILHELM CANARIS, "Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen", in *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, JÜRGEN F. BAUR/KLAUS J. HOPT/K. PETER MAILÄNDER (coord.), Walter de Gruyter, Berlin/Nova Iorque, 1990, pp. 519-571, p. 548, a este respeito, segundo as quais a compreensão da liberdade contratual através de um modelo de negociação de todo o conteúdo do clausulado constituiria uma *quimera ridícula, que, se explicava o que ocorria num bazar, não explicava já o funcionamento da actual economia de mercado*. Trata-se aqui de uma deslocação do foco – a conformação das condições do negócio deixa de ser concebido como um acto bilateral de poder, para ser concebida em termos irremissivelmente institucionais. Cabe ao mercado, através do mecanismo da concorrência, e não à actuação do concreto contraente, influir no conteúdo das propostas. A *liberdade contratual reduz-se aqui à mera possibilidade de uma opção informada entre várias alternativas*, não podendo mais ser dissociada dos mecanismos da concorrência. Como tal, a sua protecção exige tanto uma actuação sobre o próprio mercado, procurando levá-lo a actuar de modo concorrencial – o que se faz pelos mecanismos de controlo da concorrência, atinentes ao Direito económico –, como uma actuação directa sobre as relações entre privados, suprimindo os mecanismos do mercado em caso de falha deste.

¹³⁷³ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 357-360.

¹³⁷⁴ Salientando o escopo de correcção de falhas de mercado da legislação sobre ccg, JOHANNES KÖNDGEN, "Grund...", cit., p. 946; mais recentemente, JÜRGEN BASEDOW, "Vorbemerkung", *MüKo*

caracteriza o mercado provoque uma espiral de selecção adversa, expulsando os melhores clausulados do mercado¹³⁷⁵. Trata-se aqui de suprir, por via normativa, o papel da concorrência.

Se é assim por um lado, por outro tem quer ser salientada a impensabilidade do recurso a ccg para assegurar o funcionamento das modernas estruturas de produção e distribuição. Sem uma standardização dos próprios clausulados, não se assegura a racionalização de custos e planeamento necessários ao serviço de uma produção em massa dirigida a um consumo também massificado¹³⁷⁶.

Perante este pano de fundo, atribui-se à regulação sobre ccg o escopo de proteger o aderente face a resultados desproporcionados derivados da conformação unilateral do clausulado pelo utilizador¹³⁷⁷.

C. O sujeito da tutela

À partida, o credor da informação devida pelo segurador é apenas o tomador, enquanto contraparte do segurador na conclusão do contrato. Veremos que a estrutura do seguro de grupo se imiscui na alocação do dever e do direito à informação.

Questão diversa é a de saber qual é o sujeito cuja qualidade releva para aplicação dos regimes: em quem, de entre os vários sujeitos que se contrapõem ao segurador, deve ser encontrada a qualidade de "consumidor" ou de "tomador" para efeitos de qualificação do seguro como seguros de massa ou de grandes riscos. Atentando-se apenas no titular formal da qualidade de tomador, teríamos, na larga maioria dos seguros de grupo, como tomador uma pessoa colectiva actuando no exercício da sua actividade profissional – o que implicaria, nos ramos em que a qualidade do tomador releva para o efeito, a exclusão sistemática da sua contratação como seguros de massa quando configurassem seguros de grupo. Por sua vez, o relevo da qualidade de consumidor do segurado estaria ao menos sistematicamente

BGB, II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432, WOLFGANG KRÜGER (coord.), Beck, Munique, 2012, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 04.05.2014), nm. 5-6.

¹³⁷⁵ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 357-360.

¹³⁷⁶ JAN SCHAPP, "Die Leitbildsfunktion des dispositiven Rechts für die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz", *Der Betrieb*, 1978, pp. 621-625, pp. 622-624; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Contratos de adesão...", cit., pp. 741-742;

¹³⁷⁷ É esta a visão dominante na doutrina alemã – HARRY SCHMIDT, "BGB § 307 Inhaltskontrolle", *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH (coord.), Beck, Munique, 2015, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 04.07.2015), nm. 1.

excluído quando a estrutura mobilizada fosse a do contrato a favor de terceiro.

Tal implica que se separe. Credor dos deveres de informação ou esclarecimento previstos na lei será a contraparte contratual do segurador – o que não implica que o segurador não deva prestar as informações que legitimamente lhe solicitar o segurado ou o beneficiário. No tocante aos seguros de grupo, como melhor veremos abaixo, é o próprio RJCS a organizar a estrutura de transmissão de informação, polarizando os respectivos deveres no tomador.

Diferentemente, no que toca ao *controlo do conteúdo do clausulado*, quer por via da tutela conferida aos seguros de riscos de massa, quer por via da tutela da posição do aderente, consumidor, parece-nos que não pode aqui deixar de se olhar à materialidade da relação jurídica subjacente, sob pena de, por força da opção por formas jurídicas que o segurado não logra influenciar, o privar da devida protecção¹³⁷⁸⁻¹³⁷⁹. Tal implica passar do plano puramente estrutural para a realidade da operação económica, *tal como foi representada pelas várias partes envolvidas*¹³⁸⁰. Assim, o sujeito a quem, nos termos do contrato, é destinada a cobertura – mais ainda, quando a financia – não deve ser privado da tutela que lhe caiba – tal a directriz que deve ser tida em conta na mobilização do regime das

¹³⁷⁸ Assim, o art. 1:103, dos PEDCS prevê exactamente que, no caso de seguros de grupo, apenas se possa derogar as normas semi-imperativas previstas quando também o sujeito em causa preencha as características pessoais que levariam à qualificação do seguro em causa como de grandes riscos – cfr. PROJECT GROUP RESTATEMENT OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW, *Principles...2015*, cit., p. 360, C1 e C2, explicando que a *ratio* de tal foi evitar a desprotecção sistemática que, no caso contrário da celebração de seguros de grupo adviria aos respectivos membros. E, no tocante à tutela em sede de contratação com recurso a clausulados pré-determinados, os PEDCS configuram também um regime específico destinado a conferir aos sujeitos a tutela havida por necessária – assim, o regime do art. 2:304 aplica-se por igual a consumidores e profissionais, afirmando-se em comentário que, em sede seguradora, a necessidade de protecção é transversal.

¹³⁷⁹ Em sede geral, na doutrina alemã, aceita-se que, quando o terceiro retirar direitos do contrato de adesão – tratando-se este de contrato a favor de terceiro ou com eficácia de protecção em relação a terceiros –, o interesse desse terceiro deve ser tomado em consideração na avaliação da desproporção do prejuízo (HARRY SCHMIDT, § 307, cit., nm. 26); tal é, porém, diverso do facto de a sua qualidade relevar directamente para determinar o enquadramento da fiscalização.

¹³⁸⁰ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, ""Economia...", cit., p. 971. Esta tomada em consideração da operação económica subjacente ao contrato é, desde há décadas – basta lembrar o trabalho de Ferri, que referimos acima –, um *topos* recorrente no pensamento jurídico italiano, orientando a doutrina em sede de interpretação do contrato e levado-a para lá das fronteiras da relatividade contratual, identificando conexões de sentido entre contratos formalmente diversos (para uma visão panorâmica da problemática, ENRICO GABRIELLI, "Il contratto e l'operazione economica", *RDC*, 2, 2003, pp. 93-114, pp. 100 e ss.); são considerações pertinentes, sobretudo quando articuladas com a inserção do contrato no sistema jurídico, no estrato da realidade jurídica – permitindo então enraizar a vertente prática da interpretação teleológica, necessariamente prático-normativa do contrato (FERNANDO JOSÉ PINTO BRONZE, *Lições...* cit., pp. 662-664), em atenção à "especifica normatividade da autonomia privada" que aí se manifesta e que é "constitutiva de um "direito objectivo" concreto" (ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de...* cit., pp. 332-333).

ccg¹³⁸¹. No tocante à protecção conferida pelo estatuto de seguros de riscos de massa, a questão não se coloca face aos seguros de pessoas, sempre associados a ele.

V. 2 Concretização da tutela

Tal como em geral, a tutela da posição de fragilidade do segurado poderia ser lograda através de um "modelo de informação" ou de um "modelo de restrição do conteúdo"¹³⁸². O primeiro postula o reforço da capacidade de auto-tutela do aderente, procurando garantir que este acede de modo completo à informação que o mercado, no seu funcionamento normal, lhe não disponibiliza. Trata-se aqui da imposição de ónus de informação e esclarecimento a cargo do contraente favorecido pela assimetria informativa, eventualmente acompanhando-os de um direito ao arrependimento da parte desfavorecida, *sem se colocar em causa a liberdade de modelação do conteúdo do contrato*.

Diferentemente, no caso do "modelo de restrição do conteúdo", a ordem jurídica *conforma o conteúdo do contrato através de uma norma imperativa, efectivamente restringindo a liberdade contratual*¹³⁸³. Perante a possibilidade de criação destes deveres de conduta por via contratual, o segurado goza de tutela por ambas as vias.

A nível informativo, sobretudo através do cruzamento de duas linhas de

¹³⁸¹ É interessante a este propósito perscrutar, pois, a solução especificamente talhada para os seguros pelos PEDCS, no art. 2:304, que determina que as cláusulas contratuais que não tenham sido objecto de negociação individual *não vinculam o tomador, segurado ou beneficiário* quando, sendo contrárias às exigências da boa fé e equidade, causarem desequilíbrio significativo, em seu detrimento, nos direitos e deveres emergentes do contrato, tendo em consideração a natureza do contrato de seguro, todas as demais cláusulas do contrato e as circunstâncias ao tempo da sua conclusão.

¹³⁸² JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., p. 366, atribui a primeira das expressões a Simitis; a contraposição entre ambos os modelos é já por sua vez, atribuída a CLAUS-WILHELM CANARIS, "A liberdade e a justiça contratual na "sociedade de direito privado"", in *Contratos: Actualidade e Evolução*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (coord.), Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997, pp. 49-66, pp. 62-63.

¹³⁸³ CLAUS-WILHELM CANARIS, "A liberdade e a justiça...", cit., pp. 62-63, a propósito dos meios de protecção da liberdade efectiva de contratar. *A liberdade efectiva* é servida pela *liberdade jurídica de contratar*, que não é porém uma pura decorrência desta última, podendo a tutela excessiva da liberdade jurídica não proteger, mas antes prejudicar, a liberdade efectiva, por deixar uma das partes à mercê da outra; e podendo a restrição excessiva da liberdade jurídica com escopo de protecção da liberdade efectiva prejudicar antes esta última. Na prossecução do equilíbrio aqui desejável, o autor refere, entre outros instrumentos, uma tutela da liberdade efectiva através de deveres de informação acompanhados por um direito ao arrependimento, designando-a como "modelo de informação". Aqui, não há uma limitação da liberdade contratual, mas apenas a imposição de condições que visam dar à parte decidente conhecimento bastante para um exercício efectivo de tal liberdade. Cfr. ainda JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 366 e ss.

tutela: a conferida em particular pelo RJCS e, em face da característica construção do contrato de seguro com recurso a cláusulas contratuais gerais, a tutela conferida pelo RJCCG. A nível conteudístico, os vários vectores valorativos aqui interferentes são aptos a ser recolhidos e concretizados através do RJCCG.

§ 1. Protecção face à inclusão dos deveres no contrato: a permanência da tutela informativa e a confluência de vários regimes de tutela

A. Articulação das fontes de tutela

Vejamus mais de perto a tutela conferida em sede informativa. Esta vê-se servida por uma plêiade de regimes, geralmente atinentes à protecção do consumidor – sobretudo, mas não exclusivamente, a Lei de Defesa do Consumidor, n.º 24/96, de 31 de Julho; o Regime da mediação de seguros, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 144/2006, de 31 de Julho; o Regime dos contratos a distância relativos a serviços financeiros, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio; o Regime das práticas comerciais desleais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março¹³⁸⁴. Sob pena de dispersão da presente análise, focar-nos-emos nos dois regimes que têm neste âmbito uma aplicação transversal: o RJCS e o RJCCG. Além de se mostrarem os regimes fundamentais nesta sede, ilustram a articulação entre os vários remédios criados para a tutela informativa.

Com efeito, tal como em geral face a regimes de tutela de uma parte mais frágil, o RJCS não pretendeu substituir-se, mas antes cumular-se aos demais regimes existentes, como é patente face aos respectivos arts. 3.º e 19.º. Sendo tal a directriz, o sentido da resolução de conflitos positivos de aplicação de normas apenas pode ser um: a parte que se visa tutelar deve poder optar pelo regime que lhe é mais favorável (veja-se o art. 8.º, n.º 6, da Lei de Defesa do Consumidor).

Valem, pois, aqui os deveres de comunicação, informação e esclarecimento impostos pelo RJCCG (arts. 5.º e 6.º), cuja violação é sancionada com a exclusão da

¹³⁸⁴ Para uma visão panorâmica de vários regimes aqui pertinentes, JOANA GALVÃO TELLES, "Deveres de informação das partes", in *Temas de Direito dos seguros, A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, MARGARIDA LIMA REGO (coord.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 213-273, pp. 225 e ss.

cláusula visada (art. 8.º RJCCG). Trata-se de um conjunto normativo apontado à tutela *face aos riscos especificamente criados pela contratação com recurso a ccg*. Ora, neste todo articulado, em que os deveres de informação funcionam em cumulação com uma *tutela do conteúdo das cláusulas directa e generosa* – cujo desenho aberto é desde logo assinalado pela cláusula geral que lhe preside, a par do carácter enunciativo dos elencos de cláusulas relativamente proibidas –, pareceria deslocada a insistência simultânea numa tutela informativa. Na verdade, *considerando-se que a garantia de informação assegurava uma decisão livre e informada de contratar, faltaria um fundamento para restringir as possibilidades de modelação do conteúdo*; e, simetricamente, *operando-se um hetero-controlo sobre tais possibilidades de modelação, não haveria fundamento para procurar reforçar a auto-tutela informativa*¹³⁸⁵.

O sentido de deveres de comunicação do conteúdo, como os compreendidos no art. 5.º do RJCCG não deixa, porém, de ser explicável perante este pano de fundo da recusa definitiva da livre modelação do conteúdo que a segunda implica. Trata-se aqui de um dever apontado, antes de mais, *à função básica de suportar a própria formação do consentimento – o que exige que o clausulado seja comunicado na íntegra ao aderente, em termos tais que este seja colocado em condições de, com uso da normal diligência, tomar conhecimento efectivo do conteúdo do contrato*¹³⁸⁶. Este deve ainda permitir que o contraente que pretenda *despender os seus recursos – de tempo, ou financeiros, buscando consultadoria especializada* – para procurar compreender o melhor possível o alcance do clausulado tenha a possibilidade de o fazer, tanto ao tempo da celebração, como face aos problemas suscitados pela execução do contrato, *deparando-se com um*

¹³⁸⁵ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 370-371: "das duas, uma: ou [as regras de comunicação e informação] cumprem a sua função, e nesse caso decai a razão de ser das limitações de conteúdo, ou não cumprem, e então porquê impô-las?".

¹³⁸⁶ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 378-382: apesar das suas características de generalidade, o contrário das normas legais, estas cláusulas não possuem força normativa própria, carecendo de ser suportadas pelas declarações de vontade, enquanto conteúdo ou objecto referencial delas, para que possam sequer ganhar existência no quadro de um concreto contrato, já que, dada a inexistência de negociação e o facto de estas não serem preparadas tendo em vista o concreto contrato, estas estão fora do horizonte de representações do seu destinatário. ALMENO DE SA, "Controlo das cláusulas contratuais gerais", in *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas*, ALMENO DE SÁ (coord.), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 157-248, pp. 190 e ss.: visa-se criar os pressupostos de uma incorporação consciente das condições gerais no contrato singular. Considerando que tal função de suporte do consenso torna mesmo impreciso que se fale a este propósito de um dever de informação, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 118-121.

*texto redigido com lisura*¹³⁸⁷.

Trata-se, pois, de um dever com conteúdo bifronte: incumbe ao utilizador a *comunicação integral do conteúdo das cláusulas* e ainda proporcionar à contraparte a *razoável possibilidade de tomar conhecimento do conteúdo das cláusulas* – sem que crie, em contrapartida, qualquer ónus de diligência para o aderente, a cuja maior ou menor inércia não vêm associadas consequências jurídicas. O primeiro dos vectores implica, desde logo, *comunicação individualizada das cláusulas, hoc sensu*, dirigida ao contratante concreto, não bastando a sua comunicação genérica – vg., por publicação na imprensa, circulares do utilizador ou de uma associação de empresas de que este participe, ou integração em diplomas ou documentos sujeitos a publicação no Diário da República –, já que tal implicaria colocar afinal sobre o segurado o ónus de indagar da existência de um clausulado que se lhe aplicasse¹³⁸⁸.

É, porém, inócua a ausência de comunicação das cláusulas que constituam *corolários directos* dos comandos da ordem pública, já que nenhuma expectativa digna de tutela se poderá erguer quanto à vigência de um contrato em contravenção à ordem pública¹³⁸⁹.

¹³⁸⁷ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 378-382; ALMENO DE SÁ, "Controlo...", cit., pp. 190 e ss.: "exige-se que à contraparte do utilizador sejam proporcionadas condições que lhe permitam aceder a um real conhecimento do conteúdo, a fim de, se o quiser, formar adequadamente a sua vontade e medir o alcance das suas decisões". Nesta linha, cfr., por exemplo, o ac. do TRP de 19 de Dezembro de 2012, Processo n.º 1376/10.7TBPFR.P1. Cfr. ainda JÜRGEN BASEDOW, "Transparenz als Prinzip des (Versicherungs-)Vertragsrechts", *VersR*, 1999, pp. 1045-1055, p. 1046, assinalando que esta transparência serve ainda, em termos macroscópicos, o controlo da concorrência no mercado – permitindo que os interessados possam ao menos ter a percepção do conteúdo nuclear das várias ofertas disponíveis.

¹³⁸⁸ ALMENO DE SÁ, "Controlo...", cit., pp. 192-193; concretizando estes comandos, cfr. o ac. do STJ de 2 de Julho 1991, processo n.º 80715/91, pp. 246-247, quando afirma que a publicação do clausulado na III Série do DR não basta ao cumprimento do dever de comunicação. A referência aos diplomas publicados em Diário da República é relevante apenas após a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 220/95, de 30 de Agosto, que suprimiu a anterior al. c) do art. 3.º, n.º 1, do RJCCG. A propósito, cfr. recentemente o ac. do TRP de 27 de Maio de 2013, Processo n.º 1425/09.1TTPT.P1, defendendo que o RJCCG se aplica aos seguros obrigatórios de responsabilidade civil por acidentes de trabalho, ainda que o respectivo clausulado se limite a reproduzir a Apólice Uniforme, valendo, como tal os deveres de comunicação, informação e esclarecimento das cláusulas naquele previstos.

¹³⁸⁹ Como vimos acima, este entendimento tem sido repetidamente afirmado nos tribunais a propósito da cobertura de danos próprios, contratada acessoriamente face ao seguro de responsabilidade civil automóvel, relativamente às cláusulas de exclusão da cobertura de riscos atinentes a acidentes causados com taxa de alcoolémia superior à legal (cfr. o ac. do STJ de 15 de Janeiro de 2008, Processo n.º 07A4318, o ac. do STJ de 8 de Janeiro de 2009, Processo n.º 08B3722 e o ac. do TRP de 19 de Dezembro de 2012, Processo n.º 1376/10.7TBPFR.P1). Como dissemos atrás, tal juízo de contrariedade está porém longe de ser aqui automático, exigindo a ponderação do incentivo à lesão de bens jurídicos protegidos por normas penais que assim se cria e, por outro lado, dos interesses de protecção social do segurado e das pessoas a seu cargo/que o tenham a cargo. Tal ponderação, em que entra a natureza de crime de perigo abstracto das incriminações aqui em causa, leva-nos a ter sérias dúvidas quanto à bondade de tal corrente jurisprudencial.

No tocante ao segundo, o ónus do utilizador depende, nos termos da lei, da *importância do contrato* e da *extensão e complexidade do clausulado* (5.º, n.º 2). Esta *exigência de transparência* não pode pôr em causa as próprias virtudes da contratação através do recurso a ccg, no que esta traz de racionalização e redução de custos de transacção¹³⁹⁰. Tal aconteceria se se exigisse que o disponente tornasse o clausulado inteiramente compreensível para um leigo. Note-se que, nos termos do RJCS, a apólice deve ser redigida usando expressões da linguagem corrente sempre que não seja imprescindível o uso de termos legais ou técnicos. Este revela-se, na verdade, várias vezes imprescindível, no sentido, pelo menos, de a busca de um correspondente em linguagem comum levar ela própria a uma inflação do texto – ao ponto de tornar opaco o respectivo sentido pleno, já não apenas para o leigo, mas também para o consultor jurídico de que este se queira assessorar. Na verdade, esta redução a uma linguagem comum, que não se exige do legislador, não poderá ser exigida a quem formula cláusulas que vêm integrar ou alterar as disposições legais¹³⁹¹. Tal racionalidade e controlo de custos seria igualmente minada pela exigência de um aconselhamento e explicação personalizados, cláusula a cláusula; e não é, a final, viável que o próprio conteúdo informativo seja previamente elaborado e transmitido por escrito ao aderente – tal criaria um empolamento do texto com que o aderente se defronta, tornando a sua leitura inexigível.

Pela positiva, a transparência impõe ao utilizador que formule as suas cláusulas de modo a que estas sejam claras; quando use cláusulas objectivamente incomuns, deverá alertar de modo adequado o cliente para tal¹³⁹².

Vão, porém, já para lá deste sentido os comandos do art. 6.º, que mais próximos estão, pois, do sentido de outros conjuntos normativos – desde logo, como veremos, da imposição de deveres de esclarecimento pelo RJCS; mas também de âmbitos normativos onde a fragilidade da contraparte reside na sua natureza de consumidor e onde se faz acompanhar o direito à informação de um direito à desvinculação no caso da sua falta¹³⁹³. Trata-se aqui de *potenciar a efectiva*

¹³⁹⁰ JOHANNES KÖNDGEN, "Grund...", cit., p. 947.

¹³⁹¹ JOHANNES KÖNDGEN, "Grund...", cit., p. 947.

¹³⁹² JOHANNES KÖNDGEN, "Grund...", cit., p. 947: basta que as cláusulas não sejam ambíguas, nem surpreendentes, nem equívocas. Para lá deste patamar, o facto de serem facilmente compreensíveis ou "kundenfreundlich" não tem relevo jurídico, apenas podendo favorecer concorrencialmente o utilizador.

¹³⁹³ Cfr., vg., o art. 8.º, n.ºs 1 e 5, da Lei de Defesa do Consumidor.

capacidade de avaliação do conteúdo da oferta por parte do contraente que se encontra, face à matéria que a integra, numa situação de desnível informativo. Visa-se criar condições para uma ponderação cabal da oferta, impedindo que a sua inexperiência ou desconhecimento o leve a um contrato que não se adequa aos seus interesses¹³⁹⁴.

Trata-se de uma tutela que dificilmente se vê como efectiva, quando o risco colocado à parte mais débil é exactamente o de conseguir assimilar o conteúdo informativo das várias propostas existentes no mercado, face à respectiva densidade – e a inexigibilidade de colocar a sua diligência nesse sentido vem exactamente do desrazoável consumo de recursos que seria para tal necessário, perante a rigidez das várias ofertas. Ademais, num todo normativo em que para a tutela da parte mais débil está aberto um regime generoso de tutela de conteúdo, pouco sentido faria colocar excessivo peso nas possibilidades de auto-tutela¹³⁹⁵. Assim se compreende que, no Direito alemão, que mais de perto influenciou o nosso, não se acolha disposição análoga ao art. 6.º. Apesar do alcance também relativamente modesto que se poderia supor face a um dever de informação integrado no todo de sentido que vimos descrevendo, a verdade é que a jurisprudência tem dado relativo protagonismo e um alcance largo ao dever de informação abrigado no art. 6.º¹³⁹⁶. No tocante ao Direito dos seguros, não pode deixar de apontar-se como potencial motivo, para a casuística ainda não reentrante no domínio do RJCS, as insuficiências das disposições aplicáveis à matéria dos deveres de informação pré-contratual.

Acresce a este dever de informação o de prestar todos os esclarecimentos razoáveis solicitados, nos termos do art. 6.º, n.º 2, por sua vez com eco no art. 22.º, n.º 2, do RJCS. Aqui, está em causa a prestação de informações por iniciativa do

¹³⁹⁴ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 373-375. Com visão diferente sobre a articulação destes deveres com os anteriormente referidos, ANA PRATA, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 252, considerando que a "separação entre a obrigação de comunicação e a de informação é relativamente forçada ou artificial". Tal separação é já, porém, como vimos vendo, descortinável quando se atribui um conteúdo modesto ao dever de comunicação, reportando-o à mera criação de uma possibilidade de tomada do conhecimento necessário a suportar o consentimento por parte do aderente razoavelmente diligente.

¹³⁹⁵ Assim também já ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Contratos de adesão...", cit., pp. 752-753, considerando, relativamente às medidas de tutela informativa, que a sua eficácia, do ponto de vista da tutela do aderente, é reduzida, já que este, por falta de alternativas, mesmo consciente dos riscos que corre, não poderá muitas vezes deixar de se submeter à contratação. No entanto, o autor, além de considerar o efeito dissuasor da previsão de tal tutela, considera que estas constituem um primeiro passo importante na protecção do aderente, procurando responder ao primeiro problema que aqui se coloca e que é o do conhecimento por parte dele das cláusulas pré-fixadas.

¹³⁹⁶ Cfr. infra, V.2§1B.

aderente, impondo a boa fé a cooperação da parte informacionalmente avantajada.

A consequência jurídica da violação dos deveres de comunicação e informação é a exclusão da cláusula não comunicada (art. 8.º, a), b) e c), vigorando, na parte afectada, as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos (art. 9.º, n.º 1). Vale isto por dizer que a cláusula afectada se deve ter por *não escrita* – diferença face ao regime do controlo do conteúdo do negócio que é geralmente justificada por nos encontrarmos aqui em sede pré-negocial¹³⁹⁷. *Excepcionalmente*, todo o contrato é contudo havido como nulo se tal expurgação conduzir a uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais do mesmo ou a um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé (art. 9.º, n.º 2)¹³⁹⁸. O regime deverá ser dissuasor da violação dos deveres de comunicação e informação, sob pena de perder efectividade: de outro modo, no limite, tratando-se de uma cláusula relevante mas em si de conteúdo não atentatório, o segurador poderia nem a comunicar.

Já no sistema do RJCS, a tutela da comunicação do conteúdo do clausulado vem tratada em sede de dever de informação; por seu turno, a tutela que no diploma acima referido ocorre sob o dever de informação, ocorre aqui sob um dever de esclarecimento. Foi intenção expressa do RJCS, como se lê no respectivo preâmbulo, substituir-se, em geral, à "dispersão e fragmentação legislativa" antes patente, da qual este âmbito é exemplo acabado, "facilitando o melhor conhecimento do regime jurídico por parte dos operadores"¹³⁹⁹. O trabalho é, pois,

¹³⁹⁷ ALMENO DE SÁ, "Controlo...", cit., p. 211.

¹³⁹⁸ Assinalando o carácter excepcional da consequência, ALMENO DE SÁ, "Controlo...", cit., p. 210 e JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca...* cit., pp. 184-185.

¹³⁹⁹ O regime da transparência previsto no RGAS retomava o que vinha já do seu antecessor (cfr. os arts. 168.º a 170.º e 171.º a 173.º do Decreto-Lei n.º 102/94, de 20 de Abril, precursor do actual RGAS no estabelecimento do regime de acesso e exercício da actividade de seguros e resseguros), funcionando em articulação e, em certa medida, sobreposição com o RJT. No primeiro, relativamente aos deveres de informação no ramo "vida", relevavam os arts. 179.º, 180.º, 181.º. A par do elenco relativamente restrito do art. 179.º, n.º 1, atinente às *informações a prestar previamente à celebração do contrato*, complementado pelo art. 180.º, n.º 1, impondo um *dever sucessivo de actualização de parte das informações prestadas e de informação anual relativamente à atribuição da participação de resultados*, o art. 181.º, n.º 1, impunha, com muito relevo, a *prestação ao tomador de todas as informações necessárias à compreensão do contrato ou operação*. As consequências jurídicas previstas para a violação destes deveres eram, à face da lei, claras na sua alternatividade. Sendo violados deveres a cumprir previamente à celebração do contrato, tinha então o tomador o direito resolver o contrato, com eficácia retroactiva – sendo-lhe, portanto, devolvida a totalidade dos prémios prestados (arts. 179.º, n.º 2, e 181.º, n.º 2). Tratando-se já da violação de deveres a cumprir na vigência do contrato, a consequência jurídica seria a do dever de reparar os

agora, o de explicitar a mecânica dos regimes previstos neste diploma, para que se consiga perceber como por ela perpassam as hipóteses de criação de deveres ligados ao risco.

A tutela da cognoscibilidade do conteúdo do contrato é assegurada antes de mais pelos deveres de informação pré-contratual previstos nos arts. 18.^{o1400} a 21.^o, que devem ser cumpridos em forma escrita. Para lá deles, a tutela de efectiva

danos causados (arts. 180.^o, n.^o 2, e 181.^o, n.^o 2).

Relativamente aos ramos não-vida, o RGAS, além de ser consideravelmente mais parco na previsão de deveres de informação – não impondo deveres de informação que pudessem ser atinentes às posições jurídicas criadas pelo contrato que aqui analisamos –, não tratava expressamente a matéria das sanções para o respectivo incumprimento (arts. 176.^o a 178.^o). Relativamente a este ramo, o diploma articulava-se em matéria de transparência com o RJT, que servia de norma remissiva, declarando aqui aplicável parte do elenco de deveres de informação previstos para o ramo vida (art. 3.^o, n.^o 1, a interpretar correctivamente como referindo os arts. do RGAS na versão de 1998, entretanto entrada em vigor) e prevendo ainda deveres ulteriores (art. 3.^o, n.^{os} 2, 3 e 5).

De resto, o protagonismo na tutela da informação e transparência cabia exactamente ao RJT que, além de prever também deveres de informação para os ramos "vida" e "não vida", tomados na sua generalidade (arts. 2.^o, 3.^o, 5.^o, 6.^o, 7.^o), estabelecia elencos específicos de deveres de informação aplicáveis quer a certas modalidades de seguros – seguros qualificados como instrumentos de captação de aforro estruturados (art. 5.^o-A) ou seguros de grupo (art. 4.^o, de que trataremos abaixo) e estabelecia ainda as menções a incluir obrigatoriamente na apólice, face a ambos os ramos (10.^o e 12.^o, 13.^o), bem como relativamente a alguns tipos de contrato de seguro (14.^o a 16.^o).

Face a este conjunto, impõe-se referir que, ao ilogismo da estrutura de remissão do RJT para o RGAS acrescia a pouca clareza da técnica de associação de consequências jurídicas associadas à violação dos deveres previstos no primeiro. A violação dos deveres de informação previstos, tanto se fazia expressamente aplicar, por remissão, as consequências previstas no RGAS (art. 2.^o, n.^{os} 1, 2, e 6 a 8, do RJT), como se previa directamente o regime da consequência jurídica (art. 3.^o, n.^o 3, criando um regime resolutório específico para a violação de deveres prévios de informação nos ramos "não vida" ; art. 4.^o, n.^o 3, face aos seguros de grupo), como nada se previa a propósito – era o que acontecia em geral para os deveres de informação na vigência do contrato e no tocante aos ramos "não vida" (art. 3.^o, n.^o 5). Nenhuma consequência jurídica se cominava, de resto, para a falta de menções obrigatórias na apólice. Oscilava-se, pois, no mesmo instrumento entre cominações específicas e a omissão total de indicações ao intérprete. A esta previsão de deveres de conteúdo informativo no plano legal acrescia, no plano regulamentar, a previsão esparsa de deveres de informação a propósito da regulação do próprio conteúdo do contrato (cfr. n.^{os} 13., 15., 19., 49., 58. ou 49.1 da Norma Regulamentar 16/1995 de 12 de Setembro, relativa ao "exercício da actividade seguradora – ramo vida"; n.^{os} 13, 18 e 18.1 da Norma Regulamentar 17/1995, de 12 de Setembro, relativa ao "exercício da actividade seguradora – ramo não vida"). Não se estranha, em suma, que este pano de fundo possa ter na prática impulsionado a mobilização privilegiada do RJCCG para enquadrar e sancionar a violação de deveres de informação (em sentido lato) à face dos contratos de seguros.

À face desta teia legislativa, *os deveres de informação atinentes à previsão de deveres de conduta ligados ao risco e às consequências da respectiva violação seriam de fundamentação pouco linear* à face do RGAS, apenas tendo acolhimento seguro na previsão ampla do art. 181.^o – que, recorde-se, não valia para os seguros dos ramos "não vida". Tutela clara haveria apenas em sede de dever de comunicação, através da sua inscrição clara entre as menções a incluir obrigatoriamente na apólice, reportadas às *obrigações do tomador, segurado e beneficiário* (art. 10.^o, n.^o 1, c) e art. 13.^o, c), ambos do RJT, dispondo, respectivamente, para o ramo vida e os ramos não vida), às obrigações e direitos das partes em caso de sinistro (art. 10.^o, n.^o 1, g) e art. 13.^o, j), ambos do RJT, dispondo, respectivamente, para o ramo vida e os ramos não vida) e aos direitos e obrigações do tomador do seguro em caso de agravamento do risco (art. 10.^o, n.^o 1, j) e art. 13.^o, e). Face aos seguros de grupo, relevam ainda as menções obrigatórias das obrigações e direitos das pessoas seguras (art. 10.^o, n.^o 4, a), para o ramo vida, e art. 13.^o, n.^o 3, a), para os seguros de grupo de acidentes pessoais ou doença).

¹⁴⁰⁰ A esta hipótese acrescem previsões específicas, como a ínsita no art. 185.^o, relativamente aos seguros de vida.

explicação dos pontos do contrato que dela careçam opera aqui através de deveres de esclarecimento, tanto gerais (art. 18.º), como especiais, em atenção à complexidade da cobertura e montante do prémio a pagar ou do capital seguro (art. 22.º).

Para compreender o modo de funcionamento da tutela da cognoscibilidade do conteúdo, não se pode perder de vista, por um lado, que, no sistema pressuposto na lei, a formação do contrato se estrutura tipicamente sobre a proposta do tomador – apresentada, claro está, de acordo com o modelo gizado pelo segurador (arts. 21.º, n.º 1, e 27.º)¹⁴⁰¹. Por outro, que não é necessariamente por referência à apólice que as partes se vinculam – a apólice refere o documento que encerra o contrato, podendo tanto ser apresentada e entregue pelo segurador concomitantemente com a celebração do contrato, reportando-se a ela o acordo de vontades, como ser expedida dentro do prazo de 14 dias contados deste momento (art. 34.º, n.º s 1 e 2), devendo neste caso o texto da apólice ser conforme ao acordo de vontades alcançado¹⁴⁰². Por isso mesmo, sendo o segurador livre de, de acordo com as suas práticas, aceitar ou não a cobertura do risco proposto, o que é certo é que *todos os elementos relativos aos termos de tal cobertura, caso seja aceite, deverão ser de antemão dados ao conhecimento do segurado*¹⁴⁰³. O âmbito do acordo entre as partes deverá, pois, ter o seu sustentáculo conteudístico nos elementos facultados ao tomador para que este apresente a sua proposta.

Face a este conjunto, coloca-se desde logo a questão de saber se *o tomador pode ser confrontado apenas no momento da celebração do contrato ou mesmo depois deste com o conteúdo normativo a que se vincula ou vinculou*. A ser assim, estaríamos perante uma antinomia normativa face ao disposto no art. 5.º, n.º 2, do RJCCG, na parte em que se impõe que a comunicação do clausulado seja realizada

¹⁴⁰¹ Correspondendo, pois, ao "Antragsmodell" alemão – cfr. ALEMANHA, *VVG-RegE*, cit., p. 48, e o actual § 7 VVG. Sobre esta correspondência, MARGARIDA LIMA REGO, "O contrato e a apólice...", cit., pp. 24-25.

¹⁴⁰² O tomador poderá impugnar a sua conformidade até 30 dias após a entrega da apólice, mediante qualquer meio de prova; volvido esse prazo, apenas se poderá retirar consequências da desconformidade entre a apólice e o acordo de vontades quando tais divergências estejam tituladas em documento escrito ou outro suporte duradouro (art. 35.º, estabelecendo o momento da consolidação da apólice).

¹⁴⁰³ O facto de o modelo da apólice ("Policenmodell") implicar exactamente que apenas após a emissão da sua proposta vinculativa é que o tomador era confrontado com o clausulado a que se vinculava é que ditou a sua substituição pelo "Antragsmodell", que se considerou compatível com a devida protecção do consumidor de seguros (ALEMANHA, *VVG-RegE*, cit., p. 48). Cfr. o actual § 7, I, da VVG, impondo a comunicação pelo segurador, previamente à celebração do contrato, das suas disposições contratuais, *incluindo o clausulado contratual* e a informação a transmitir nos termos do Regulamento aplicável (o VVG-InfoV).

*de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência – disposição que inibe a inclusão de cláusulas no contrato quando o aderente só delas tome conhecimento em momento ulterior à celebração daquele*¹⁴⁰⁴.

Na economia do RJCS, cabe, antes de mais, aos deveres de informação instituídos em sede pré-contratual obstar a tal resultado normativamente intolerável. É no plano destes deveres que se assegura a cognoscibilidade do conteúdo contratual prévia à vinculação, devendo, pois, ser-lhes atribuída a densidade necessária ao efeito. Assim, o *dever de informação por escrito*, previsto nos arts. 18.º a 21.º do RJCS tem por objecto *não só os elementos inscritos no art. 18.º, como também aqueles a que se reportam as menções obrigatórias alinhadas no art. 37.º*; e, parece-nos, deve ainda estender-se a todo o conteúdo do contrato, dando-se o devido relevo ao facto de o art. 18.º criar um dever de *informar das condições do contrato*. Seria intolerável privar o tomador do conhecimento, prévio à celebração do contrato, dos respectivos pontos regulativos mais importantes; e não menos o seria privar o tomador, nestas matérias, da possibilidade de *fiscalização de desconformidades entre o conteúdo da informação que o levou a aceder na contratação e que veio acompanhada de um dever de esclarecimento*, e o conteúdo da apólice, com que se defronta já sem tal acompanhamento, volvidos que fossem 30 dias da data da entrega da apólice, nos termos do art. 35.º. Parece-nos ainda que tais exigências não podem deixar de valer face aos demais pontos do clausulado contratual, não devendo a apólice poder vir licitamente surpreender o tomador com regulações com que este não foi antes confrontado. Quer-se com isto dizer que a *informação pré-contratual a prestar por escrito se deve reportar a todo o clausulado contratual*, não havendo porque dar à partida ao segurador possibilidade de optar por *informar apenas verbalmente de aspectos daquele clausulado, quando tal o pode favorecer nos casos em que apresente nessas matérias uma apólice divergente*. Toda esta informação é, de resto, necessária para substanciar a proposta negocial apresentada pelo tomador.

¹⁴⁰⁴ ANA PRATA, *Contratos...* cit., p. 214, considerando que neste caso as determinações deveriam ser consideradas inexistentes enquanto cláusulas; em matéria seguradora, por todos, MARGARIDA LIMA REGO, "O contrato e a apólice...", cit., pp. 22-23, considerando que já antes de o RJCS ter introduzido no ordenamento o art. 21.º, que impõe a informação das condições da apólice antes de o tomador se vincular, com carácter semi-imperativo, o RJCCG se oporia, em rigor, à prática do modelo da apólice.

Perante este pano de fundo, perguntar-se-ia qual o sentido a dar ao mesmo art. 35.º, que pressupõe que possa haver divergências entre o conteúdo da apólice e o do acordo *que não constem de suporte escrito*. Ora, no nosso entender, tal apenas pode valer face aos esclarecimentos prestados pelo segurador, quer em geral (art. 18.º, corpo), quer em especial (art. 22.º): na medida em que os esclarecimentos corporizam geralmente determinados sentidos da interpretação a dar a determinada previsão – suscitando-se exactamente a propósito do texto pelo qual se informe das condições contratuais –, tenderão a não constar de documento escrito, mas ao invés a ser suscitados pela leitura do documento apresentado. É face a estes – que determinarão a representação mental que o segurado faz do clausulado que se propõe subscrever – que deve, por motivos de prevalência do acordo efectivo, prevalecer o sentido que foi explicado ao segurado; mas, por motivos de segurança jurídica, apenas na medida em que a respectiva prova seja ainda viável. Passado certo período, a segurança jurídica impõe que as partes possam dar por ancoradas as suas expectativas face ao contrato¹⁴⁰⁵.

Um outro pilar fundamental do dever de comunicação é atinente à própria apólice – é o seu texto que vale em definitivo, após consolidação, quanto a aspectos não titulados por escrito ou noutra suporte duradouro; e é ele que tem de todo o modo que ser contestado pelo tomador que se queira prevalecer de acordo divergente titulado por outros meios. Assim, a redacção da apólice deve favorecer a sua cognoscibilidade, devendo ser feita de modo compreensível, conciso e rigoroso, e em caracteres bem legíveis, usando palavras e expressões da linguagem corrente sempre que não seja imprescindível o uso de termos legais ou técnicos (art. 36.º).

¹⁴⁰⁵ E perguntar-se-ia ainda qual o sentido a dar ao art. 37.º, n.º 2, que estabelece qual o conteúdo obrigatório da apólice, bem como às normas de sentido análogo vigentes em relação aos vários tipos de seguro (cfr., quanto aos vários elencos específicos, JOSÉ VASQUES, "Anotação ao art. 37.º", in *LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 226-233, pp. 230-232. Em matéria de seguros de acidentes pessoais e de saúde, cfr. arts. 179.º e 214.º). Poderia questionar-se se se não legitimava assim que o restante conteúdo contratual pudesse livremente estar contido noutra documento que não a apólice. Que não pode ser esse o sentido do preceito, demonstra-o logo o cotejo com o n.º 1, que determina que a apólice *inclui tudo o que houver sido acordado entre as partes, e complementa-o o art. 34.º, n.º 4, que proíbe o segurador de invocar estipulações não constantes da apólice após a respectiva entrega*; que, não obstante, não se trata aqui de uma referência ao conteúdo do acordo, mas sim *do documento que faz dele prova, demonstra-o o teor do elenco do n.º 2* (MARGARIDA LIMA REGO, "O contrato e a apólice...", cit., pp. 29-30). Acresce que as consequências jurídicas para a violação desse dever de inclusão num conteúdo mínimo são exactamente as mesmas prescritas para a não inclusão na apólice de todo o conteúdo do acordo (art. 37.º, n.º 4, remetendo para todos os números anteriores); e, conquanto apenas o tomador se possa prevalecer delas, tal vale para qualquer das hipóteses. Afora o papel do preceito na densificação dos deveres de informação pré-contratual do tomador, é disposição que nos causa genuína perplexidade.

Por outro lado, a apólice deve *conter tudo o que foi acordado pelas partes* (art. 37.º, n.º 1), não podendo tal acordo deixar de versar sobre os elementos integrantes do conteúdo mínimo do contrato (art. 37.º, n.º 2), e devendo certos elementos do clausulado constar dele de modo destacado (art. 37.º, n.º 3).

Um segundo núcleo de hipóteses diz respeito aos deveres que o RJCCG crisma como de informação e o RJCS, numa terminologia mais alinhada com o sentido técnico-jurídico do que está em causa, como de esclarecimento¹⁴⁰⁶. Estes deveres colocam-se em geral, impondo-se na medida do "exigível" (18.º RJCS) ou "justificável" (6.º RJCCG), e ainda em particular, estando em causa um seguro que, pela complexidade da cobertura e o montante do prémio a pagar ou do capital seguro, implique um dever especial de esclarecimento (art. 22.º do RJCS). A este propósito, note-se que o art. 22.º, que prevê o dever do segurador de chamar a atenção do tomador para certos aspectos do clausulado, apenas se reporta ao "âmbito da cobertura proposta", referindo-se nomeadamente a exclusões e períodos de carência. Como vimos dizendo, *os deveres em causa retratam a feição da delimitação secundária do risco; determinando a perda ou redução da prestação, funcionam, no plano económico, de modo similar ao das exclusões do risco*. Face ao carácter exemplificativo do elenco, e à analogia que os deveres aqui em causa comportam relativamente às exclusões de cobertura, não poderá, pois, o *dever de chamar a atenção para certos pontos do clausulado deixar de os abranger*.

No dever especial de esclarecimento aqui previsto inscreve-se também, como já acima assinalámos, um dever de responder a todos os pedidos de informação efectuados pelo tomador de seguro (art. 22.º, n.º 2).

As consequências jurídicas previstas quer para o incumprimento dos deveres de informação e esclarecimento previstos, quer para a desconformidade entre a informação prestada – que afecta o que se poderá ter por acordado entre as partes – e o que venha a constar da apólice não estão, aparentemente, à face do art. 23.º, alinhadas entre si. De comum partilham a consequência da responsabilidade civil em caso de violação (art. 23.º, n.º 1 e n.º 4, e 37.º, n.ºs 1 e 4) – não se reservando

¹⁴⁰⁶ LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "O seguro financeiro na reforma do direito dos seguros", *Revista da FDUP*, 2009, disponível em <http://hdl.handle.net/10216/53872> (consultado pela última vez a 13.04.2014), pp. 364-365.

esta, ao contrário do que resultava da sistemática do RGAS, aos casos de violação de deveres de informação a cumprir na vigência do contrato. Já *o direito à resolução do contrato com eficácia retroactiva, a exercer no prazo de 30 dias a contar da recepção da apólice* – excluído quando a violação do dever não tenha razoavelmente afectado a decisão de contratar do tomador ou quando tenha já entretanto ocorrido accionamento da cobertura por terceiro (art. 23.º, n.ºs 2, 3 e 4, e art. 37.º, n.ºs 1 e 4) – *apenas se abre perante a violação de deveres de informação, e não já de esclarecimento*¹⁴⁰⁷. Trata-se de um direito que visa tutelar falhas informativas e que apenas se encontra disponível durante um curto espaço de tempo – sendo irresistível a analogia face aos expedientes de Direito do consumo que articulam deveres de informação com direitos de desvinculação face ao contrato, a exercer em prazos curtos^{1408 - 1409}.

Em caso de desconformidade entre o acordo alcançado – *acordo este que, como resulta do que precede, tem como base de aferição a informação prestada pelo segurador e integrante da proposta contratual apresentada pelo segurado* – e o texto da apólice, acresce ainda o direito a exigir, a todo o tempo, a correcção da apólice (art. 37.º, n.º 4).

¹⁴⁰⁷ É uma diferença de tratamento não justificada se se perspectivar o sentido dos deveres de informação previstos no RJCS como destinados a facultar ao candidato a possibilidade de compreensão do clausulado a que se vinculará – assim, vg., JOANA GALVÃO TELLES, "Deveres...", cit., pp. 246-247, considera que o remédio da resolução retroactiva deverá estar aberto também às hipóteses de violação de deveres de esclarecimento, quando, face a factores como a complexidade técnica ou jurídica do conteúdo do clausulado e o grau de preparação do tomador, o esclarecimento seja necessário para que se possa sequer dizer que o candidato ficou informado do conteúdo do clausulado. Atribuindo-se um alcance mais modesto aos deveres de informação, alinhado com os deveres de comunicação que incumbem ao utilizador de ccg, não se poderá já equiparar o dever de informar a um dever de facultar a compreensão ao tomador concreto, mas apenas a um dever de o colocar, com lisura, na posse dos pressupostos para que, eventualmente assessorado, possa aceder a tal compreensão. Nesta leitura, não repudia à partida que o ordenamento jurídico associe consequências jurídicas diversas a uma e outra das hipóteses – embora sempre se assinala que, noutras sedes, elas aparecem alinhadas, como é o caso face aos deveres de comunicação e de informação à face do RJCCG.

¹⁴⁰⁸ Notam-se, porém, diferenças face ao remédio resolutório previsto nas normas anteriormente vigentes: o remédio passou a valer para a generalidade dos seguros dos ramos não-vida, independentemente de o tomador ser pessoa individual ou colectiva, de se tratar de seguro de grupo ou individual e de seguro de duração igual ou inferior a seis meses ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA/MARIA EDUARDA RIBEIRO, "Anotação ao art. 23.º", in *LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 126-130, pp. 128-129.

¹⁴⁰⁹ Cfr. o art. 8.º, n.ºs 1 e 5, da Lei de Defesa do Consumidor, impondo ao fornecedor dos bens ou prestador dos serviços a prestação de informação de forma clara, objectiva e adequada sobre vários elementos essenciais para a compreensão do contrato, e atribuindo ao consumidor um direito à retratação, quando se verifique falta ou insuficiência, ilegibilidade ou ambiguidade da informação de modo a comprometer a utilização adequada do bem ou serviço – direito de retratação que se reporta ao contrato de aquisição e prestação e deve ser exercido no prazo de sete dias úteis contados da sua celebração.

B. Aplicação às exigências de conduta em causa

Antes de mais, os deveres em causa colocam problemas em sede da própria cognoscibilidade do respectivo conteúdo, servida, à face do RJCS, por deveres de comunicação e, à face do RJCS, por deveres de informação. Decorre do exposto que o conteúdo destas cláusulas deverá ser *objecto de informação prévia ao contrato, prestada por escrito ao tomador*, nos termos dos arts. 18.º, 21.º e 37.º, n.º 2, al. f), do RJCS (este último consagrando a menção obrigatória na apólice dos direitos e obrigações das partes, assim como do segurado e do beneficiário) e 5.º do RJCCG.

Curamos aqui da possibilidade da imposição, por via contratual, de deveres de conduta ligados ao risco, cominados, portanto, com determinada consequência jurídica para o caso de incumprimento. É bom de ver, pois, que o remédio que melhor serve o segurado é o da sua expurgação do contrato das cláusulas que os contêm, à luz do RJCCG. Tratando-se de *cláusula que restringe o âmbito do risco efectivamente transferido* – da qual, aliás, *tipicamente, o tomador apenas se apercebe quando o segurador a invoca, na sequência de sinistro, como excepção face ao direito pleno à prestação seguradora* – a *manutenção do contrato com expurgação da(s) cláusula(s) viciada(s) é o que geralmente mais convém ao tomador*¹⁴¹⁰⁻¹⁴¹¹.

Se não tiver chegado a haver comunicação prévia da ou das cláusulas –

¹⁴¹⁰ Como salienta MARGARIDA LIMA REGO, "O contrato e a apólice...", cit., pp. 30-31, não será este já, porém, o remédio mais adequado à tutela dos interesses do segurado quando a situação seja a inversa: a da não inclusão, pelo segurador, no clausulado, de cláusula ampliativa dos direitos do primeiro que ambos hajam acordado. Aqui, ao invés da tutela geralmente cassatória provida pelo RJCCG (mas veja-se o seu art. 7.º), vale ao afectado a tutela fornecida pelos arts. 23.º e 37.º, n.º 4, conferindo-lhe o direito à resolução do contrato no prazo de trinta dias contados da recepção da apólice, ou de exigir, a todo o tempo, a respectiva correcção, bem como à reparação dos danos a que haja lugar. Saliente-se que, nas hipóteses na prática mais relevantes em que a desconformidade é apenas detectada quando ocorre um evento que o segurado consideraria, à luz da sua representação do acordo de vontades, constituir um sinistro, se questiona se poderia haver lugar à reparação de um interesse contratual positivo, deixando o afectado na situação em que estaria se a violação dos deveres pré-contratuais em causa não o tivesse levado a vincular-se a um contrato com conteúdo diferente do desejado (por todos, PAULO MOTA PINTO, *Interesse...*, II, cit., pp. 1134-1145; ainda CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos, I, Conceito. Fontes. Formação*, Almedina, Coimbra, , pp. 226-231, retratando como fundo que, apesar da aparente fragmentação doutrinal, se poderá ter como comum, o de que, tratando-se da compensação do desequilíbrio em contratos válidos, haverá lugar à reparação do interesse contratual positivo – pois, de outro modo, estaria excluída a hipótese de o lesado optar pela subsistência do contrato); tendendo a acolher esta solução, cfr. a autora e pp. citadas no início da nota.

¹⁴¹¹ É bom de ver, porém, que com tal se torna expectável a *denúncia do contrato pelo segurador na próxima oportunidade* – e note-se que os contratos *vigoram supletivamente apenas por períodos de um ano renováveis*. Pelo que o contrato valerá *com expurgação da cláusula não comunicada* – *mas apenas até ao final da vigência acordada...*

apenas se confrontando o tomador com elas concomitante ou subsequentemente à celebração do contrato –, esta(s) deverá(ão) ter-se simplesmente por excluída(s), nos termos dos arts. 5.º e 8.º, a) do RJCCG e com as consequências previstas no art. 9.º. Nesta hipótese, não se pode dizer sequer que se tenha podido formar o consentimento em relação ao clausulado em apreço, pelo que a solução deve ser liminar. Caso a sua exclusão ponha excepcionalmente em causa a subsistência do contrato, será devida ao tomador indemnização, não sendo necessário mobilizar para o efeito o regime geral do art. 227.º do CC, já que está disponível o regime específico do art. 23.º do RJCS. O mesmo acontece quando a apólice se afastar no ponto em causa da informação prestada pré-contratualmente – tão-pouco se poderá dizer que a cláusula divergente foi comunicada, valendo os mesmos arts. do RJCCG e o art. 23.º, n.º 4, do RJCS. O tomador poderá, em conformidade, requerer a correcção da apólice (art. 37.º, n.º 4)¹⁴¹².

A conclusão seria a mesma à face da violação dos deveres de informação, que o RJCS apoda de deveres de esclarecimento, podendo, face ao RJCCG, o tomador suscitar a exclusão da cláusula, nos termos dos arts. 6.º, 8.º, b) e 9.º.

Nesta sede, poder-se-ia, porém, objectar, afirmando que, dado o "corpo estranho" que o dever de informar introduz no sentido da tutela face a cláusulas contratuais gerais, deveria o regime do RJCCG aqui ceder o passo ao RJCS. Tanto mais quanto, de outro modo, seria açambarcado em grande medida – sempre que estivessem em causa, como começámos por ver, cláusulas limitativas de direitos do aderente – o espaço normativo conferido pelo RJCS à tutela através do esclarecimento. Tal argumentação poderia ser rematada com argumentos de garantia de sustentabilidade do sector segurador, que a ampliação das coberturas resultante da expurgação de cláusulas poderia comprometer, culminando na afirmação da prevalência do regime do RJCS nesta sede, em razão da sua especialidade.

A consideração desta hipótese – que, diga-se à partida, não parece de perfilhar – dar-nos-á ensejo para reafirmar algumas considerações feitas acima.

Sendo o seguro um produto jurídico construído pelo respectivo clausulado, este último propende a uma certa complexidade, que um leigo tende a não abarcar. São conhecidos os especiais riscos que os serviços financeiros, em que a avaliação

¹⁴¹² Podendo ser reclamado a todo o tempo e dependendo, a partir da consolidação da apólice, de prova escrita ou consubstanciada em suporte duradouro, este parece ser um remédio preventivo, pelo qual o tomador permite ao segurador a rectificação da falta cometida, independentemente de uma situação de litígio.

da utilidade do contrato para o utilizador se processa exclusivamente através da análise do clausulado – não tendo, ao contrário dos contratos de cessão da propriedade ou uso de bens, uma coisa ou direito coisificado em que se ancore –, colocam em sede de cumprimento do comando da transparência dos clausulados¹⁴¹³. Como são conhecidas e legítimas as dúvidas que se colocam face à possibilidade que a tutela informativa tenha, nesta sede, de dar cumprimento aos desideratos que a inspiram; porém, o que é certo é que o ordenamento dotou a parte mais frágil também desta tutela, não devendo esta ser-lhe subtraída sem que tal se funde em argumentos que, de modo probante, manifestem a desadequação das consequências em causa – tanto mais quanto é o próprio RJCS, no seu art. 3.º, a dar a primazia ao RJCCG; e quanto este último diploma se baseia, por sua vez, num princípio da prevalência do regime legal em concreto mais favorável ao aderente (art. 37.º)¹⁴¹⁴.

Querendo o segurado manter o contrato em vigor, disporá apenas, à face do RJCS, de remédios indemnizatórios. Não pode deixar de salientar-se que a mobilização de regimes de responsabilidade civil se mostra bastas vezes problemática para o lesado – que, ainda que a culpa se presuma, arca com o ónus da prova do dano e do nexo de causalidade entre ele e a falta ao dever¹⁴¹⁵. É sintomático que os diplomas que têm um dos seus pilares na tutela informativa de uma parte mais frágil recorram a remédios que não assentem na prova dos requisitos da responsabilidade pelo consumidor afectado – além da expurgação das cláusulas que caracteriza o RJCCG, pense-se na faculdade conferida ao consumidor, nos quadros do Regime jurídico das práticas comerciais desleais, de requerer a modificação do contrato segundo juízos de equidade (art. 14.º, n.º 1) ou de optar pela sua manutenção, reduzindo-o às cláusulas válidas (art. 14.º, n.º 2).

Contra a aplicação do RJCCG, não se poderá, de resto, esgrimir o argumento da sustentabilidade financeira do sector segurador – concretizado no equilíbrio entre o prémio cobrado e o recorte dos deveres impostos à contraparte – para o eximir ao

¹⁴¹³ Tornaremos a este ponto infra, V.2 §2 A.

¹⁴¹⁴ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Contratos de adesão...", cit., pp. 763-764, identificando aqui um traço de diferenciação face ao Direito alemão das AGB que, nos termos do actual § 307, III (anterior § 8 AGBG), limita a sua própria aplicação às cláusulas que integrem ou se apartem do disposto noutras normas legais – dando a estas, portanto, sempre precedência. Já aquando da vigência do RJT se atendeu e rechaçou o argumento da especialidade da lei seguradora face à lei das cláusulas contratuais gerais – tratava-se de corpos normativos complementares, com o escopo comum de aumento, e não de diminuição, da protecção do cliente de seguros (ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, "Cláusulas abusivas e o contrato de seguro", in *Congresso luso-hispano de Direito dos seguros*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 223-242, pp. 229-230)

¹⁴¹⁵ ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA/MARIA EDUARDA RIBEIRO, "Art. 23.º", cit., p. 128.

cumprimento dos deveres de informação sobre os quais poderá assentar um consentimento informado do segurado. Tal argumento prova demais, já que inviabilizaria mesmo a associação de consequências reparatórias à violação do dever de informar – sobretudo, pensando na admissibilidade da reparação do interesse contratual positivo nesta sede. De resto, a tendência para uma protecção do segurado mediante recusa de efeitos a cláusulas que o venham desproteger, tudo se passando como se a cláusula pura e simplesmente não existisse, é descortinável face a outros núcleos normativos que impõem deveres de informação ou de iniciativa contratual em matéria seguradora. Assim ocorre, como veremos, relativamente à violação dos deveres de informação do tomador no seguro de grupo contributivo, à face já do art. 4.º, n.º 3, do RJT, e hoje do art. 87.º, n.ºs 2 e 3, do RJCS; e ocorre bem assim à face do art. 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 222/2009¹⁴¹⁶.

Note-se ainda que, nos regimes estrangeiros do contrato de seguro que contém regimes específicos de tutela face à criação de deveres ligados ao risco através de contrato, o dever de advertência especial para o conteúdo normativo em causa – tal como o é o dever patente no art. 22.º, n.º 2 – surge como pressuposto para retirar consequências do incumprimento do dever de conduta em causa. É o que acontece à face do § 28, IV, da VVG alemã, relativamente à imposição de deveres de informação ou esclarecimento ao tomador para este cumprir na sequência do sinistro.

Em termos de "law in action", é, aliás, jurisprudência pacífica a incidência do regime dos deveres de informação previstos no RJCCG sobre o segurador, *sendo este o regime que a jurisprudência tem invocado e aplicado para retirar consequências da violação dos deveres de informação pelo segurador*¹⁴¹⁷. Em suma: não há, pois, razões prático-normativamente procedentes para que não sejam tidos os dois regimes em causa como candidatos positivos à aplicação, podendo ser mobilizado aquele que em concreto se mostre mais favorável à parte mais frágil.

¹⁴¹⁶ Nos termos do preceito, "[o] incumprimento do dever de propor o seguro de vida com o conteúdo mínimo estabelecido no presente decreto-lei torna inoponíveis ao mutuário, pela instituição de crédito ou pela empresa de seguros com quem aquele haja contratado o seguro de vida associado ao crédito à habitação, quaisquer cláusulas contratuais incompatíveis com aquele conteúdo mínimo".

¹⁴¹⁷ Ac. do STJ de 7 de Setembro de 2014, Processo n.º 841/10.0TVPRT.L1.S1; ac. do STJ de 20 de Maio de 2015, Processo n.º 17/13.5TCGMR.G1.S1; ac. do TRP de 6 de Novembro de 2007, Processo n.º 0724884; ac. do TRP de 25 de Outubro de 2012, Processo n.º 24/10.0TBVNG.P1; ac. do TRP de 27 de Maio de 2013, Processo n.º 1425/09.1TTPRT.P1; ac. do TRP de 27 de Fevereiro de 2014, Processo n.º 2334/10.7TBGDM.P1; ac. do TRL de 26 de Fevereiro de 2013, Processo n.º 411/10.3TBTVD.L1-7.

C. Em especial: o problema nos seguros de grupo

O concurso entre as várias sedes de previsão de deveres de informação tem tido especial relevo prático face ao regime dos seguros de grupo, onde a questão se refracta também por vários devedores de informação.

Com efeito, já antes da entrada em vigor do RJCS, o art. 4.º, n.º 1, do RJT impunha ao tomador do seguro de grupo informar os segurados sobre as coberturas e exclusões contratadas, as obrigações e direitos em caso de sinistro e as alterações posteriores ocorridas, em conformidade com um espécimen elaborado pela seguradora, impondo-se, no n.º 3, ao tomador o ónus da prova da prestação de tais informações. Este regime foi, no essencial, retomado pelo actual 78.º, n.ºs 1 e 3. Paralelamente, nos termos do art. 4.º, n.º 5, do RJT, retomado pelo art. 78.º, n.º 4 do RJCS, incumbe ao segurador o dever de, caso tal lhe fosse pedido pelos segurados, prestar todas as informações necessárias para a efectiva compreensão do contrato. Face ao regime inicial ou ao seu sucessor, tomador e segurado podem ainda acordar em que o cumprimento dos deveres de informação em causa caiba exclusivamente ao segurador. Em caso de incumprimento do dever do tomador, previa o RJT que cabia ao segurador suportar a parte do prémio correspondente ao segurado em causa, sem perda de garantias para o segurado, até que o dever se mostrasse cumprido. Esta consequência jurídica é retomada no art. 87.º, n.º 3, do RJCS, precisando-se que só vale no caso dos seguros de grupo contributivos, e estabelecendo-se que tal dever de suportar o prémio apenas vale até à data de renovação do contrato ou respectiva data aniversária. Nos demais casos, precisa agora o art. 79.º do RJCS que a violação do dever de informação faz incorrer o incumpridor em responsabilidade civil, nos termos gerais.

Diferentemente deste regime, como vimos já, o regime instituído pelo RJCCG tem por consequência a expurgação da cláusula afectada pela violação dos deveres de informação em sentido lato. Tais deveres apenas incidem, porém, sobre o próprio proponente do contrato – o segurador – ou sujeito cuja actuação se repercute na sua esfera – mediador ou agente de seguros, auxiliar ou comissário do segurador.

Tem sido perante este pano de fundo que a jurisprudência dos tribunais superiores tem equacionado os casos em que *o segurado não é informado do conteúdo de certa cláusula inserida num seguro de grupo, vindo tal comprometer a*

cobertura. Manifestaram-se, a este propósito, duas tendências divergentes. Uma, formando a corrente jurisprudencial dominante no STJ¹⁴¹⁸, defendendo que o dever de comunicação e informação do predisponente – neste caso, o segurador – não permanece ao lado do dever de informação do tomador do seguro de grupo: apenas este último está vinculado, nos termos do regime previsto pelo RJT – *mutatis mutandis*, hoje, no RJCS –, que constitui *lex specialis* face ao RJCCG. Acresce que a violação do dever de informação pelo tomador do seguro de grupo não pode ser imputada à esfera do segurador, já que o primeiro não actua como intermediário, comissário ou auxiliar no cumprimento do segundo. Segundo esta corrente jurisprudencial, *o segurador apenas responde perante o segurado por actos próprios*, sendo como tal, responsabilizado *em caso de insuficiência ou vício do espécimen com base no qual o tomador cumpre o seu dever de informar*, ou em caso de *não prestação das informações complementares que lhe forem solicitadas pelos segurados*.

Outra tendência, formando a corrente jurisprudencial dominante nas Relações, entende que *os deveres impostos ao tomador não desoneram o segurador do cumprimento dos deveres que lhe são impostos enquanto predisponente, gozando o segurado de protecção por ambas as vias em paralelo*. Argumenta-se, nesse sentido, em relação às recorrentes hipóteses em que o tomador é um Banco, que este actua como mediador do segurador – actividade para a qual, aliás, o Banco e os seus funcionários estão, na generalidade destes casos, autorizados –, angariando para este, com quem partilha objectivos de lucro, clientela. De resto, o segurador não se poderia desinteressar dos contratos de seguro dados à adesão dos segurados, de que o primeiro seria parte e em relação aos quais mantinha deveres. Os citados arts. do RJT e do RJCS que impunham deveres de informação ao tomador valiam apenas

¹⁴¹⁸ Cfr., muito recentemente, em sede de recurso de revista excepcional fundado exactamente na contradição entre acórdão anterior do STJ (o ac. do STJ de 23 de Junho de 2013, proferido no Processo n.º 24/10.0.TBVNG.P1.S1, também ele proferido em sede de revista excepcional) e o ac. recorrido, o ac. do STJ de 20 de Maio de 2015, Processo n.º 17/13.5TCGMR.G1.S1. Previamente a este aresto, cfr., além do ac. fundamento, apenas a título de exemplo, o ac. do STJ de 15 de Abril de 2015, Processo n.º 385/12.6TBBRG.G1.S1; o ac. do STJ de 7 de Setembro de 2014, Processo n.º 841/10.0TVPRT.L1.S1; ac. do STJ de 21 de Fevereiro de 2013, Processo n.º 267/10.6TBBCL.G1.S1; o ac. do STJ de 29 de Maio de 2012, Processo n.º 7615/06.1TBVNG.P1.S1; o ac. do STJ de 13 de Janeiro de 2011, Processo n.º 1443/04.6TBGDM.P1.S1; o ac. do STJ de 17 de Junho de 2010, Processo n.º 651/04.4TBETR.P1.S1. Nas relações, alinhando já com esta jurisprudência, cfr., por exemplo, o ac. do TRL de 29 de Abril de 2014, Processo n.º 1880/07.4TBCLD.L1-1. Uma vez que a argumentação expendida nestes acórdãos é idêntica e se reconduz à que analisamos em texto, a propósito do aresto mais recente que a confirma, escusamo-nos de a analisar isoladamente.

nas relações internas entre segurador e tomador, como decorria, aliás, da fundamentação preambular do RJT. Por último, salienta-se que, não havendo comunicação do clausulado, o consentimento não chega sequer a formar-se¹⁴¹⁹.

A perspectiva dominante no STJ foi recentemente reafirmada pelo mesmo, no ac. de 20 de Maio de 2015¹⁴²⁰. Os contornos do caso permitiram, porém, salientar os aspectos da permanência da responsabilidade do segurador. Construiremos a nossa argumentação em diálogo com a aí desenvolvida, que retoma a argumentação expendida nos anteriores arestos da mesma corrente jurisprudencial, e no essencial nos parece acertada.

A argumentação que escora a rejeição da coexistência paralela de um dever de informar a cargo do segurador e do tomador louva-se na especificidade da estrutura do seguro de grupo, que faz assentar os deveres de informação sobre o tomador. Admitindo-se que aqui operasse a consequência jurídica da exclusão da cláusula não comunicada, de resto, frustrar-se-ia a standardização das coberturas em que assenta o seguro de grupo, impondo-se ao segurador a cobertura de mais riscos do que aqueles a que se tinha disposto.

Em comentário, comece por dizer-se que nada obsta, como vimos, à cumulação de tutela de várias fontes por parte de um sujeito qualificado para beneficiar de todas elas¹⁴²¹. Porém, um tal entendimento não se compatibiliza com a

¹⁴¹⁹ Cobrindo estes vários argumentos, veja-se o ac. do TRG apreciado pelo STJ no ac. de 20 de Maio de 2015, Processo n.º 17/13.5TCGMR.G1.S1. Insistindo na natureza material de intermediação da actividade desempenhada pelo tomador, cfr. o ac. do TRP de 25 de Outubro de 2012, Processo n.º 24/10.0TBVNG.P1, ponto 9), louvando-se já na argumentação expendida no ac. do TRP de 6 de Novembro de 2007, Processo n.º 0724884, ponto 13 (é enfática a descrição dos contornos económicos do fenómeno que aí se faz, salientando-se que "o Banco funciona como o verdadeiro angariador de clientes de seguros, impondo-os aos seus mutuários nos casos de concessão de crédito para compra de habitação, a título de garantia acrescida à hipoteca constituída sobre os imóveis, como sucedeu neste caso; e em que os segurados, obviamente "contributivos" (al. h) do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 176/95), asseguram a fonte altamente lucrativa desse vantajoso negócio, a repartir entre ambos (tem sido tornado público que os seguros do ramo vida são os mais rentáveis) e ao nível dos direitos ficam como que esmagados entre dois "elefantes" (no sentido de que se tratam de duas entidades empresariais de grande poder económico-financeiro)"); no mesmo sentido, Ac. do TRC de 9 de Janeiro de 2012, Processo n.º 27/10.4T2AND.C1; invocando aquele ac. do TRP o ac. do TRL de 26 de Fevereiro de 2013, Processo n.º 411/10.3TBTVD.L1-7. Cobrindo outros pontos da argumentação (questão da fundamentação preambular), cfr. o ac. do TRP de 27 de Fevereiro de 2014, Processo n.º 2334/10.7TBGDM.P1, ponto 3.2.

¹⁴²⁰ No caso, o contrato de seguro impunha, para efeitos do accionamento da cobertura por invalidez total e permanente, a obtenção de documento comprovativo da situação de invalidez, emitido pela Segurança Social; porém, nem no acto de celebração do contrato, nem posteriormente, foram comunicadas aos segurados as condições gerais ou particulares do contrato que previam tal requisito procedimental do accionamento da cobertura, não tendo este sido cumprido pelos segurados. Instaurada a acção *apenas contra o segurador*, debate-se se tal cláusula não comunicada se deveria ter por expurgada do próprio contrato de seguro.

¹⁴²¹ De algum modo neste sentido, cfr. o voto de vencido do Conselheiro Pires da Rosa no ac. do STJ

lógica de divisão de tarefas que forja as vantagens de racionalização e, por essa via, contenção de custos, que justificam a emancipação do seguro de grupo. Os deveres que passam, nesta figura, a estar encabeçados no tomador estão-no exactamente para permitir a desoneração do segurador e a correlata melhoria das condições da oferta de seguros – vantagens que seriam anuladas se afinal o segurador permanecesse também responsável pelas tarefas assacadas a deveres do tomador. De resto, não se veria o sentido do actual art. 78.º, n.º 5, do RJCS, que retoma o art. 4.º, n.º 4, do RJT, se a responsabilidade pela informação permanecesse *ab initio* na esfera do segurador¹⁴²².

Mais considera a dita jurisprudência que, não sendo de admitir a vigência de um dever de informar do próprio segurador, este só poderia responder a título de responsabilidade objectiva por facto de outrem. Ora, rejeita-se que o tomador num seguro de grupo actue na qualidade de auxiliar, comissário ou mediador do segurador – ainda que se reconheça que o sentido prático-económico do seguro de grupo se possa aproximar desta última figura, não se reconduz totalmente a ela, nem o ordenamento opera tal assimilação, não assacando ao segurador responsabilidade pelos actos do tomador.

A este propósito, diga-se que não é de estranhar que a lei não crie de plano tal responsabilidade, porque nem em todas as constelações de seguro de grupo o tomador actua como angariador económico de clientela para o segurador. Se é isso que acontece nas hipóteses recorrentes em que o tomador é uma entidade bancária integrante do grupo a que pertence o segurador, os contra-exemplos não deixam de ser abundantes: basta pensar nas comuns situações em que o tomador é a entidade empregadora dos segurados. E, mesmo em constelações do género das primeiras, em que o tomador é um mediador autorizado e muitas vezes mesmo ligado a determinado segurador (basta consultar o site da ASF), cuja actuação tem efeitos também materialmente similares aos da mediação, *é certo que a actuação é feita nos quadros do seguro de grupo e não nos quadros da mediação de seguros*. Sendo

de 21 de Fevereiro de 2013, Processo n.º 267/10.6TBBCL.G1.S1: "Em meu entender a cláusula contratual geral não perde a sua natureza de contratual geral por estar inserta num contrato de seguro. Uma coisa é a sua exclusão - que se verifica - outra a responsabilidade perante a seguradora do tomador de seguro - o Banco Mais - por não cumprir o dever de informação".

¹⁴²² Relativamente à invocação da fundamentação preambular do RJT pela jurisprudência da Relação, deve dizer-se que tal invocação – que não consideramos metodologicamente decisiva – não procede, já que o RJT se refere à importância da informação dos tomadores genericamente entendidos no sentido de contrapartes do segurador no contrato de seguro (art. 1.º, b)) e não apenas aos tomadores em sede de seguros de grupo.

inegável que a figura do seguro de grupo tem similitudes no plano da função económica com a da mediação de seguros, é certo que a lei as mantém separadas. Só haveria fundamento para aplicar o regime da mediação, privilegiando a materialidade jurídica subjacente, se tal fosse imposto pela boa fé, para corrigir um abuso de formas jurídicas derivado da escolha de uma forma que privasse a parte sem poder de a determinar do grau de tutela que lhe seria conferido pela figura mais conforme à materialidade subjacente.

Ora, *não é correcto dizer que a figura do seguro de grupo deixe o tomador à partida mais fragilizado do que a da mediação*. Lembre-se que, no caso do seguro de grupo contributivo – aqui em causa, e que, de resto, seria o sobreponível à constelação da mediação –, o segurado tem sempre direito a que, até à data da renovação ou data aniversária, o tomador que o não haja devidamente informado *não só suporte a parte do prémio que corresponde ao segurado, como responda perante o segurado em caso de ocorrência do sinistro*¹⁴²³: há, em ambos os casos, aptidão – 87.º, n.º 3, do RJCS e 8.º do RJCCG –, para aplicar como *consequência a manutenção de cobertura a que não haveria, em face do acordo efectivamente alcançado, lugar, consequência esta correspondente à reposição do interesse contratual positivo*. No fundo, o resultado do entendimento em causa é apenas o de que, no caso do seguro contributivo, embora o segurado não devidamente informado não possa opor a ineficácia da cláusula ao segurador, a pode opor ao tomador. De resto, a razão subjacente ao número de acórdãos emanados na matéria parece prender-se com a razão processual de as acções em causa terem sido intentadas apenas contra o segurador. Uma maior fragilização da posição do segurado apenas se poderia fundar na eventual maior consistência patrimonial do segurador do que do tomador; esta desvantagem, sendo meramente eventual, não derrota a das vantagens que da prática de seguros de grupo advêm também para os segurados em termos da diminuição do preço de acesso às coberturas.

O que seria já problemático seria o facto de esta responsabilização do tomador perante o segurado não se poder processar por não haver uma violação do dever imputável ao primeiro. Invocando a comunicação escrupulosa do conteúdo do espécimen, ou a insistência junto do segurador para que lhe enviasse o clausulado definitivo, o tomador poderia então exonerar-se, ficando então desguarnecido o

¹⁴²³ Art. 87.º, n.ºs 2 e 3.

segurado. É exactamente este ponto que é testado na jurisprudência recente do STJ, e que o leva a destacar a esfera de responsabilidade que permanece do segurador, mesmo em constelações de seguro de grupo, considerando o Tribunal que *o segurador permanece responsável pelas insuficiências – a fortiori, pela omissão da sua entrega ao tomador – de redacção do espécimen fornecido, bem como do clausulado definitivo, tendo aqui plena aplicação o RJCCG*¹⁴²⁴. Não podemos deixar de concordar: *se a responsabilidade que adviria à partida ao segurador, quer nessa qualidade, quer enquanto predisponente, se pode limitar em prol das especificidades da estrutura do seguro de grupo, esta terá que permanecer nos espaços não cobertos pela responsabilidade atribuída ao tomador. Como tal, se o vício é do espécimen elaborado pelo segurador, ou da falta de entrega por este do clausulado, a violação é do dever de comunicação deste.*

Face às estruturas complexas dos seguros de grupo, os deveres de informação que impendem sobre o segurador à luz do RJCCG estão ainda presentes num momento prévio (que, nesta jurisprudência atinente a seguros de vida celebrados como seguros de grupo a favor de um Banco-mutuante e tomador, não ressalta, dado o geral alinhamento dos interesses deste e do segurador). Com efeito, *no plano do contrato celebrado entre o segurador e o tomador* (contrato-quadro ou contrato a favor de terceiro) vale, quando, como é típico, o contrato for apresentado pelo primeiro ao segundo para adesão, sem possibilidade de negociação individual, o RJCCG¹⁴²⁵.

D. Conclusões

Em sede de reparos conclusivos, cumpre firmar que é geralmente quando ocorre um sinistro que o segurado toma conhecimento da cláusula que afecta a

¹⁴²⁴ É neste ponto que o sentido da decisão de 2015 se afasta da doutrina do acórdão-fundamento, por aí se apartar também a factualidade *sub judice*: enquanto que no caso em apreço – como tal, no ac. recorrido – era a comunicação das próprias condições gerais e especiais que se debatia, no ac. fundamento debatia-se apenas a falta de informação e esclarecimento de uma cláusula que tinha sido devidamente comunicada. Considerando igualmente excluída a cláusula não explicada pelo tomador nem comunicada pelo segurador – já que as condições especiais que a integravam não foram comunicadas ao segurado aquando da subscrição, apenas o sendo na sequência da comunicação do sinistro, ac. do STJ de 29 de Abril de 2010, Processo n.º 5477/8TVLSB.L1.S1.

¹⁴²⁵ Não assim, afirmando estranhamente que "entre o Banco e a Recorrente Seguradora, *enquanto empresas, não é aplicável o regime das Cláusulas Contratuais Gerais, nomeadamente no tocante ao cumprimento dos deveres de comunicação e de informação e das consequências da respectiva violação*" (sublinhados nossos), cfr. o ac. do STJ de 17 de Junho de 2010, Processo n.º 651/04.4TBETR.P1.S1.

cobertura. Nessa sede, mais protegido estará invocando um regime que lhe permita obstar à produção de efeitos por tal cláusula, como o do RJCCG, ou o previsto para os seguros de grupo¹⁴²⁶.

De resto, na verdade, um travo a paradoxo fica do cotejo das fontes da tutela informativa: de um lado, assistimos a uma quase sofreguidão legislativa na potenciação de tal auto-tutela; de outro, à consciência – desde logo, perante o dado de estarem aqui em causa cláusulas contratuais gerais – não só da *eficácia limitada daquela*, como do *potencial carácter contraproducente de tal exponenciação informativa*¹⁴²⁷. Tal eficiência pode ver-se desde logo comprometida por razões atinentes à estrutura de mercado, não dispondo o potencial segurado de alternativas reais no mercado caso o conteúdo do clausulado o leve a recusar o contrato¹⁴²⁸. E, decisivamente, a garantia do acesso a uma informação cabal sobre o conteúdo do clausulado, que preside ao *Informationsmodell*, não basta para suprir a falha de mercado criada pela utilização de ccg, já que as razões de índole psicológica e cálculo económico que tornam justificável o desinteresse do aderente pelo conteúdo

¹⁴²⁶ O ordenamento alemão concretiza os deveres de prestação de informações sobre "Obliegenheiten" no § 4 do VVG–InfoV. A informação prestada nos termos desta disposição *não tem a função de substituir a comunicação das cláusulas a incluir no contrato*, mas sim *a função de chamar a atenção para informações dotadas de particular significado* (§ 4, I), não tendo, como tal, a missão de ser esgotante. Isto mesmo guia a concretização da informação a prestar em relação às *Obliegenheiten* vigentes no caso e às consequências do seu incumprimento (§ 4, II, n.ºs 5 a 7, separando-se, em cada um destes números, de acordo com o momento da relação contratual em que se impõe o respectivo cumprimento: no momento da sua conclusão, durante a sua vigência ou no caso de ocorrência de sinistro). Entende-se que não se impõe a enumeração de todas as *Obliegenheiten* com incidência na relação em causa, mas apenas a indicação da sua existência e elenco das mais relevantes, bem como da conexão de gravosas consequências ao seu não cumprimento, explicitando o tipo destas (MANFRED WANDT, *VVG § 28*, cit., nm. 41). Em caso de incumprimento, o prazo para o exercício do direito de arrependimento do tomador, previsto no § 8 da VVG, não começa a contar – mantendo-se, portanto, em aberto a possibilidade do seu exercício.

Teríamos, pois, aqui o exemplo de um modelo que não aloca à violação de deveres de intenção análoga à dos deveres de informação, à face do RJCCG, ou de esclarecimento, à face do RJCS, a consequência da exclusão da cláusula afectada, antes facultando ao tomador a dissolução do vínculo contratual. Esta conclusão, mostra-se, porém, insuficiente – não só à face do § 28, IV, que ergue a comunicação por escrito da consequência jurídica a pressuposto da exoneração total ou parcial do segurador, como à face do princípio da boa fé, que se entende impor ao segurador um ónus de indicação de *Obliegenheiten* que sejam em grande medida desconhecidas ou se mostrem particularmente vulneráveis ao não cumprimento, sob pena de delas se não poder prevalecer, como se considera ser o caso face a uma entrega espontânea de lista dos bens sonogados (MANFRED WANDT, *VVG § 28*, cit., nm. 43). De resto, o onerado poderá alegar o desconhecimento da exigência de conduta em causa a título de exculpação – conquanto com tal apenas logre, como em geral face à invocação de desconhecimento das normas legais e contratuais aplicáveis, afastar o juízo de dolo, e não o de negligência grosseira.

¹⁴²⁷ Já assim, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas...*, cit., p. 386-d; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "O novo regime...", cit., ponto 4.1., aludindo ao facto de o fornecimento de informação equivaler, por ser aquela "excessiva, injustificada ou desproporcionada, a uma falta de informação"; concordantemente, ANA PRATA, *Contratos...* cit., p. 232.

¹⁴²⁸ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "O novo regime...", cit., ponto 4.1.

das cláusulas não são aqui eliminadas. Permanece, pois, a invisibilidade do conteúdo negocial, no sentido de a tomada de conhecimento cabal do conteúdo das cláusulas não cobrir ainda toda a informação bastante a uma decisão esclarecida – esta requer ainda a comparação entre as várias ccg disponíveis, bem como a sua relação com as preferências pessoais do aderente, num investimento de recursos desmesurado face ao retorno¹⁴²⁹.

§ 2. O controlo do conteúdo das cláusulas

A. Parâmetro de controlo

a. A transposição do parâmetro geral para o âmbito segurador

Antes de avançarmos, deveremos dar nota de uma questão que poderia prejudicar a própria possibilidade de sindicância destas cláusulas. Como temos vindo a ver, o seguro é um "produto jurídico" cujas qualidades dependem exclusivamente do clausulado; e a criação de exclusões de cobertura, ou de exigências de conduta ligadas ao risco e ao sinistro participa desta conformação, desenhando a distribuição do risco contratual. Ora, a apreciação de tais cláusulas pareceria, *prima facie*, contender com os termos da Directiva sobre ccg¹⁴³⁰, que exclui a avaliação do carácter abusivo das cláusulas que respeitem à definição do objecto principal do contrato (art. 4.º, n.º 2), precisando, no considerando n.º 19, que, no caso de contratos de seguros, as cláusulas que definem ou delimitam claramente o risco segurado e o compromisso do segurador não são objecto de tal apreciação desde que essas limitações sejam tidas em conta no cálculo do prémio a pagar pelo consumidor¹⁴³¹. A limitação constante do art. 4.º, n.º 2, foi expressamente acolhida pela generalidade dos Estados-membros; não assim por Portugal.

Trata-se de uma parâmetro que concita o questionamento. Tanto é assim nos Estados que transpuseram a limitação, onde doutrina e jurisprudência não se eximem à procura de um espaço de actuação da sindicância, face a uma directriz

¹⁴²⁹ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 366-368.

¹⁴³⁰ Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

¹⁴³¹ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, "Cláusulas...", cit., pp. 93-94, dando conta de que a limitação atendeu à pressão de alguns Estados-membros, que consideraram que a avaliação destas cláusulas contenderia com a garantia constitucional dos princípios da economia de mercado.

que pareceria barrar de plano a sua interferência nesta sede – é assim na França¹⁴³², e, como veremos de seguida, na Alemanha –; como é assim nos Estados que a não transpuseram, mas que se debatem com a garantia constitucional da livre iniciativa privada – é assim em Espanha, à face do art 38.º da Constituição¹⁴³³ e é assim em Portugal, à face do art. 61.º da CRP.

No ordenamento jurídico alemão, a limitação decorre actualmente do § 307, III, do BGB, que sucedeu ao § 8 da Lei sobre ccg, alinhando-o com as exigências de

¹⁴³² No Direito francês, uma cláusula pode ser reputada abusiva, e por isso não escrita, uma vez cumpridas três condições cumulativas: a cláusula não deve ser atinente ao objecto principal do contrato (*Code de la consommation*, L 132-1, al. 7); a cláusula deve ter por efeito a criação, em detrimento do não profissional, de um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes no contrato (L 132-1, al. 1); e o contrato de seguro não deverá ser atinente à actividade profissional do segurado (L 132-1, al. 1). Debatendo-se directamente com a questão, Leduc em HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., p. 532, procura um meio de manter as cláusulas que criam deveres de prevenção acessíveis ao controlo de conteúdo. Uma das vias seria, convocando o citado Considerando da Directiva para interpretar o art. art. L 132-1, al. 1, defender que apenas as situações de imposição de deveres que tenham sido tomadas em conta para cálculo do prémio deverão ser excluídas da fiscalização. O autor rejeita, porém, essa via. Desde logo, porque tal implicaria, ao contrário do assumido, afinal uma fiscalização da adequação prémio/risco – já que se trataria de aferir do carácter abusivo de cláusulas que, sendo limitativas do risco assumido, não tinham sido contempladas numa descida de prémio. A outra objecção levantada é de índole pragmática: dada a extrema complexidade dos cálculos subjacentes ao prémio, seria extremamente difícil destrinçar o que tinha e o que não tinha influído nesse cálculo. Uma outra via, proposta pelo autor, assenta na outorga de uma certa *ratio legis* ao preceito que estabelece esse limite. Considera o autor que, com a imposição dessa barreira à fiscalização, *do que se trata é de evitar que se faça desaparecer do contrato cláusulas essenciais à subsistência deste* – provocando-se, pois, por uma via que se queria protectiva do segurador, a pioria da sua situação, já que este seria deixado sem contrato e, como tal, sem cobertura. Perante este raciocínio, desaparecem os obstáculos à fiscalização destas cláusulas que impõem condutas preventivas, já que a sua erradicação do contrato não põe em causa a subsistência deste: o contrato subsiste, com o mesmo prémio, limitando-se o intérprete a despojá-lo dos deveres abusivos.

¹⁴³³ No Direito espanhol, a protecção por via do Direito dos seguros adiantou-se à protecção especificamente dirigida ao fenómeno das cláusulas contratuais gerais, vindo o art. 3.º da LCS cuidar a tutela do segurado contra as "condiciones generales" antes da aprovação da "Ley sobre condiciones generales de la contratación" (Lei n.º 7/98). Entende-se actualmente que o art. 3.º da LCS vale como disposição especial face à segunda (FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Art. 3. Condiciones generales", in *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 octubre, y a sus modificaciones*, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 105-147, pp. 108-109). Ora, a conciliação do art. 3.º da LCS com o disposto no art. 1.º, que determina que o segurador deve prestar dentro dos limites convencionados, como a tomada em consideração da disposição da Directiva de que dizemos em texto, reflectiram-se numa tomada de posição doutrinal e depois jurisprudencial quanto à questão (a paternidade do critério geralmente seguido é atribuída a Sánchez Calero – FRANCISCO JAVIER TIRADO SUÁREZ, "Cláusulas abusivas y contrato de seguro en Derecho español", in *Congreso luso-hispano de Derecho dos seguros*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 173-191, p. 193; veja-se a jurisprudência aí citada nas pp. 184 e ss.), que apartou as cláusulas limitativas de direitos do segurado, sujeitas a escrutínio, de cláusulas delimitadoras da prestação, dele isentas. As últimas são descritas como as que concretizam o objecto do seguro, determinando os riscos cuja concretização dá origem à obrigação de prestar do segurador, determinando o risco que se cobre, por que quantia, e em que limites temporais ou espaciais; as cláusulas limitativas são as que restringem os direitos do segurado, operando uma vez que esteja concretizado o objecto do seguro (FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, "Art. 3", cit., pp. 134-138). Como veremos mais abaixo, em texto, é um critério de pouco préstimo face à facilidade com que se amolda o texto de uma cláusula a uma função ou outra.

transparência referidas na Directiva¹⁴³⁴. Fundamento primacial do preceito é a defesa dos princípios da economia do mercado, implicando que, salvo em caso de falha de mercado, cabe aos ofertantes a livre conformação dos produtos que nele colocam. Ora, mobilizando esta *ratio* do preceito, e invocando ainda a liberdade de consagração de um standard de protecção mais elevado pelos legisladores dos Estados-membros, a doutrina e a jurisprudência não se acolhem a uma isenção de plano da fiscalização do conteúdo das ccg. Entende-se que a *complexidade* da conformação do produto "seguro" leva a que *o adquirente médio tome apenas em consideração, na sua escolha no mercado, as características verdadeiramente nucleares do contrato* – pelo que apenas a interferência nestas seria apta a colidir aqui com o funcionamento da economia de mercado¹⁴³⁵. Reconhece-se ainda, face a tal complexidade e ao facto de o segurado não estar de antemão em condições de precisar qual a probabilidade de fazer uso da cobertura que adquire, o segurador tem em relação a ele uma responsabilidade especial na conformação do seu produto¹⁴³⁶. Assim, isentas de controlo estão apenas as cláusulas sem as quais o conteúdo do contrato careceria de um mínimo de determinabilidade, sendo como tal nulo¹⁴³⁷. Incluem-se aqui, de um modo geral, as cláusulas que definem o tipo de seguro, o montante da cobertura, o dever de pagar o prémio e a sua relação com a cobertura contratada; sem que se possa porém dizer que mesmo estes redutos estão vedados do controlo de conteúdo, não hesitando a jurisprudência em considerar as cláusulas como modificativas do risco coberto e, como tal, fiscalizáveis¹⁴³⁸.

¹⁴³⁴ ANDREAS FUCHS, "§ 307 Inhaltskontrolle ", in *AGB Recht Kommentar*, PETER ULMER/HANS E. BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN (coord.), Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2011, pp. 564-814, pp. 574, 576-578, também quanto ao que dizemos de seguida.

¹⁴³⁵ ANDREAS FUCHS, "§ 307", cit., pp. 598-599.

¹⁴³⁶ JÜRGEN PRÖLSS, "I. Rechtsgrundlagen des Versicherungsvertrages", *Pröls/Martin Kommentar*, CHRISTIAN ARMBRÜSTER/HEINRICH DÖRNER/DOMINIK KLIMKE/ULRICH KNAPPMANN (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 22.02.2011), nm. 78, com o seguinte paralelo expressivo: o segurado que adquire cobertura seguradora não pode ser comparado com o adquirente de um carro pequeno, que não poderá legitimamente surpreender se o carro que adquire não tem as qualidades de um carro grande.

¹⁴³⁷ ANDREAS FUCHS, "§ 307", cit., p. 598, e, para além da jurisprudência aí citada, *ex multis*, ac. do BGH de 21.04.1993, IV ZR 33/92, nm. 15-16.

¹⁴³⁸ ULRICH HÜBNER, "Auswirkungen der europarechtlich vorgegebenen Änderungen des AGB-Gesetzes und des Versicherungsaufsichtsrechts auf die richterliche Kontrolle von Allgemeinen Versicherungsbedingungen", in *Karlsruher Forum 1997, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen nach der Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträge*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1998, pp. 43-64, pp. 58-59, considerando fútil a discussão destes limites, já que, na prática, a jurisprudência não se coíbia de controlar o conteúdo de qualquer tipo de cláusula quando entendia dever fazê-lo – e, na verdade, a doutrina recente confirma a escassez de decisões judiciais que se escudam na limitação dos poderes de controlo (ANDREAS FUCHS, "§ 307", cit., p. 600).

Este entendimento, que é também o espelhado nos PEDCS¹⁴³⁹, tem sido acolhido pela doutrina nacional, que considera que tão-pouco o nosso ordenamento deve ser alheio a ditames de proporcionalidade face à garantia da livre iniciativa económica do segurador, devendo as cláusulas que conformem, nesse sentido, o núcleo do contrato, estar eximidas a um controlo de conteúdo¹⁴⁴⁰. Em todo o caso, de acordo com os termos da Directiva, a inscrição no âmbito do controlo deve voltar caso a cláusula não se encontre redigida de modo claro e compreensível – só aí virá verdadeiramente em defesa da concorrência¹⁴⁴¹.

A este controlo não se eximem, pois, as cláusulas que criam deveres de prevenção, pese embora a sua incidência sobre o risco efectivamente suportado pelo segurador ao abrigo da sua vinculação a prestar. E tão pouco se exime a ele a generalidade das cláusulas que conformam o risco coberto – quer sejam abertamente redigidas como exclusões, quer, tendo embora esse sentido, venham formuladas pela positiva¹⁴⁴². É, aliás, no âmbito que se diria deste ponto de vista mais melindroso, atinente às cláusulas de exclusão do risco, que a jurisprudência nacional vem em grande medida exercendo o seu magistério¹⁴⁴³.

O parâmetro central de valoração do conteúdo das cláusulas contratuais gerais é, perante o RJCCG, por influência germânica (veja-se, hoje, o § 307, I, do BGB), o da boa fé (art. 15.º). Vemos aqui o parâmetro a actuar, pois, fora da sua função de norma de conduta, como norma de validade de convenções privadas, valendo numa função limitativa e correctora¹⁴⁴⁴.

¹⁴³⁹ Art. 2:304, 3). Cfr. PROJECT GROUP RESTATEMENT OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW, *Principles...2015*, cit., p. 143, comentário C4, considerando que apenas as cláusulas nucleares estão eximidas ao controlo de conteúdo, consistindo elas nas cláusulas que "give a crucial definition or circumscription of the type and subject of insurance, the insured risk, the insurer's liability, the insurance benefit, the sum insured, the insured interest or the insurable value".

¹⁴⁴⁰ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, "Cláusulas...", cit., pp. 95-96.

¹⁴⁴¹ JÜRGEN BASEDOW, "Transparenz...", cit., p. 1048.

¹⁴⁴² Coisa diversa não vale, de resto, no ordenamento alemão, onde se sublinha a sujeição ao controlo das próprias cláusulas de delimitação do risco formuladas pela positiva, desde que venham excluir a cobertura de riscos que, de acordo com a lei ou com a boa fé em atenção aos usos do tráfico, se deveriam entender incluídos na cobertura, limitando ou modificando a prestação que o tomador poderia, em face da finalidade do contrato, legitimamente esperar – cfr. ANDREAS FUCHS, "§ 307", cit., p. 599, reportando-se a Brandner.

¹⁴⁴³ ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, "Cláusulas...", cit., pp. 238-239, considerando que se trata aqui de compensar a falta no ordenamento nacional de uma disposição análoga ao art. L113-1 do Cod. Ass. ou ao art. 3.º da LCS, que estabelecem limites às cláusulas de exclusão.

¹⁴⁴⁴ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 546 e ss., JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, ""Economia...", cit., pp. 976-977. Este alargamento da boa fé para lá das suas funções tradicionais, de norma de conduta com vocação individualizada, prende-se com a delimitação recíproca do

Entre nós, o critério geral da boa fé é recebido na lei sem que esta forneça parâmetros claros de concretização. Após uma referência ao fundamento do controlo, no corpo do art. 16.º – atinente aos valores fundamentais do Direito –, aponta-se, nas suas especificações, em dois sentidos diversos. Por um lado, para uma tutela da confiança concretamente gerada nas circunstâncias da contratação. Por outro, para uma tutela que se coloca para lá das circunstâncias concretas da contratação, em relação à compatibilidade da cláusula com o *objectivo que as partes visaram atingir negocialmente*, efectivando-se a sua determinação à luz da *regulação do tipo contratual, que vale*, nas suas *disposições imperativas e supletivas, como modelo de controlo*¹⁴⁴⁵. Este não vem convocado em si, como puro argumento formal, mas como precipitado dos valores fundamentais do Direito numa ordenação típica de interesses que funda expectativas em quem a mobiliza. Estes dois vectores conciliam-se na ideia de que cabe atentar na cláusula não em si, isoladamente, mas de acordo com o sentido que esta recolha do concreto contrato em que se insere¹⁴⁴⁶.

Cabe ao princípio da boa fé, como norma de validade, encaminhar para a sede concreta aqueles valores fundamentais. Faltaria aqui ainda uma ponte de concretização entre o sentido geral da boa fé e essa sua concretização na preservação do objectivo ou sentido e fim do contrato, não sendo metodologicamente defensável, – ou sequer, face aos dados legais, possível – uma aplicação mecânica da regulação do tipo¹⁴⁴⁷. Tal ponte, dá-a o *princípio da proporcionalidade*. Tal é claro na Directiva, que exige um desequilíbrio significativo dos direitos e deveres dos contraentes, em prejuízo do consumidor. À face da lei portuguesa, a doutrina chega a esse mesmo resultado, através da conjugação entre a cláusula geral da boa fé e as suas concretizações nas alíneas do

parâmetro face à cláusula alemã dos bons costumes, guardiã do cerne de valores de um ordenamento perpassado de pré-compreensões liberais. Tal levou à busca de um critério flexível, que pudesse valorar práticas legítimas perante o parâmetro dos bons costumes, mas que aqui, perante os riscos colocados pelo recurso a cláusulas contratuais gerais e a falha de mercado que estas exprimem, devem ser tidas por ilegítimas. O parâmetro da boa fé revelou-se o precedente nesta sede por a contratação com recurso a contratos predispostos se revelar uma forma de exercício de poder sobre os co-contratantes, advindo daí um especial dever de tomar em consideração os interesses da contraparte. Cfr. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., especialmente pp. 542 e ss.

¹⁴⁴⁵ ALMENO DE SÁ, "Lei das cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas", in *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas*, ALMENO DE SÁ (coord.), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 9-98, pp. 36-37, considerando exactamente que a sua densificação implica a convocação do tipo negocial em causa, com vista a determinar se a estipulação não leva ao malogro do que é normalmente entendido face ao tipo negocial em causa.

¹⁴⁴⁶ HARRY SCHMIDT, § 307, cit., nm. 21.

¹⁴⁴⁷ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 578 e ss.

art. 16.º e atenta a teleologia do controlo dos clausulados. Entende-se que se trata aqui de buscar *um adequado equilíbrio num contexto de ponderação de interesses*: de um lado, os interesses de racionalização, certificação e uniformização do predisponente; e, do outro, os interesses da contraparte, tal como resultam de uma consideração aprofundada das normas legais e princípios aplicáveis à situação em causa¹⁴⁴⁸⁻¹⁴⁴⁹.

Esses interesses a sopesar devem ser especificamente concretizados no que ao Direito dos seguros concerne. Do lado do segurado, interfere com grande acuidade o interesse na obtenção da maior cobertura possível face ao risco em causa. O facto de a obter ao menor preço não é já, em si, objecto de tutela em sede de aplicação do diploma das cláusulas contratuais gerais, sendo antes deixado ao mercado. Mas deve valorar-se já o facto de a manutenção de tal cobertura postular limitações relevantes da liberdade patrimonial e pessoal – em atenção aos direitos de personalidade – do segurado¹⁴⁵⁰. Entram neste lado da ponderação também os interesses dos outros sujeitos ligados ao risco, como o segurado, quando diferente do tomador, ou os beneficiários, quando os houver¹⁴⁵¹.

Do lado do segurador, têm *especial incidência os referidos interesses na racionalização e uniformização da oferta* – já que, aqui, surgem *ligados à própria*

¹⁴⁴⁸ Coube a MICHAEL STÜRNER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2010, especialmente pp. 346 e ss. e 383 e ss., uma recente proposta de enquadramento do princípio da proporcionalidade como princípio reitor do Direito das obrigações. O autor propõe fundamentalmente a mobilização do princípio da proporcionalidade em sentido estrito enquanto princípio jurídico autónomo, com fundamento geral, e não enquanto derivação das suas concretizações no Direito público. Trata-se de um meta-princípio de puro carácter procedimental, sem conteúdo próprio, que opera em situações de conflito: quanto o decidente se encontre perante várias alternativas e seja necessário um critério racional para decidir por uma delas, o princípio permite-lhe reunir, sopesar e comparar argumentos. A ponderação faz-se nos termos de um sistema móvel, permitindo a mobilização dos diversos pontos de vista, não definidos à partida, de um modo graduado. O princípio vem fundado na justiça comutativa, enquanto incorporização da justa medida: trata-se do reverso do princípio da igualdade, valendo como proibição da desigualdade excessiva. Para o que aqui importa, face à convocação do parâmetro para fiscalização do conteúdo de cláusulas atinentes a deveres laterais, trata-se aqui de uma ponderação entre os interesses do utilizador e do aderente (p. 387). Nesta, o critério material da justiça é dado "pelo contrato" – ou seja, pelo seu regime dispositivo, que representa o que as partes acordariam como ordenação justa dos seus interesses. Aludindo ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito como a vertente mais pertinente para mobilização em sede jurídico-privada, DULCE LOPES, *O princípio...* cit., p. 60.

¹⁴⁴⁹ Assim, ALMENO DE SÁ, "Lei..." cit., p. 35; também JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema...* cit., pp. 570 e ss.: o termo de comparação é uma adequada composição de interesses.

¹⁴⁵⁰ ALEXANDER BRUNS, "BGB § 307 Inhaltskontrolle", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 26.02.2011), nm. 58; HARRY SCHMIDT, § 307, cit., nm. 38.

¹⁴⁵¹ ALEXANDER BRUNS, § 307, cit., nm. 58.

técnica da mutualização dos riscos, que pressupõe a possibilidade de cálculo antecipado¹⁴⁵². A par com estes, poder-se-ia também aduzir um interesse na contenção do preço oferecido e do risco coberto em contrapartida – aqui flanqueado não só pela maior vulnerabilidade a fenómenos de *selecção adversa* por parte do segurador que menos compartimente os riscos cobertos, como pelo facto de o encarecimento dos prémios cobrados em atenção à cobertura de mais riscos implicar do mesmo passo uma *oneração acrescida da comunidade de segurados*.

Tal como em geral, salienta-se, porém, que este interesse não pode desde logo trunfar irrestritamente sobre o interesse em obter uma cobertura adequada às necessidades servidas pelo seguro. Não é adequada a solução que privilegie à *outrance* a oferta do produto segurador ao preço mais baixo possível – importa, sim, que o produto tenha as qualidades necessárias à satisfação daquelas necessidades¹⁴⁵³. Nem procede o argumento segundo o qual a concessão de uma irrestrita liberdade de conformação da cobertura levasse a resultados mais sãos do ponto de vista do mercado. Devemos lembrar que a assimetria informativa não existe num só sentido: face ao conteúdo dos clausulados, desfavorece assinalavelmente os segurados, levando-os a *contratar apenas com base no preço da cobertura, sem conseguirem escrutinar cabalmente a qualidade do que adquirem*. Assim, o efeito da degradação do conteúdo da cobertura é aqui o da *selecção adversa*, correspondendo a uma "race to the bottom"¹⁴⁵⁴. Tal colocaria obviamente problemas quando não interferisse qualquer norma, sequer supletiva, nos termos da cobertura, já que levaria tendencialmente a que apenas os piores ofertantes permanecessem no mercado. E coloca problemas ainda quando o "ponto focal" – olhemo-lo para já assim, pois estamos exactamente a problematizar o degrau prévio à sua convocação como *Leitbild* – colocado pelas normas supletivas *dê margem ao segurador para se evadir à cobertura*. Com efeito, aqui a celebração de um contrato em que não existisse tal possibilidade reflectir-se-ia no preço, tendendo a atrair os piores co-contratantes.

¹⁴⁵² Relativizando-os em termos gerais, HARRY SCHMIDT, § 307, cit., nm. 31; afirmando a sua acuidade em sede seguradora, ALEXANDER BRUNS, § 307, cit., nm. 59.

¹⁴⁵³ Por todos, em sede geral, relativamente ao "Preisargument", HARRY SCHMIDT, § 307, cit., nm. 33: "Es gilt das Postulat, dass es die Kehrseite der Preisgestaltungsfreiheit des Verwenders ist, seine Preise so zu kalkulieren, dass sich seine vertraglichen Verpflichtungen im Rahmen der Gebote von Treu und Glauben eben erfüllen lassen". De resto, como salienta o autor, os processos de tarifação dos produtos não são transparentes ao ponto de permitir que este elemento entre num verdadeiro escrutínio.

¹⁴⁵⁴ LAW COMMISSION/SCOTTISH LAW COMMISSION, *Insurance contract law 2014*, cit., pp. 12-13.

No tocante aos interesses da mutualidade de segurados, vimos já por várias vezes, de resto, este argumento a ser esgrimido em atenção às questões concretamente levantadas pelas exigências de conduta ligadas ao risco: *à generalidade dos segurados interessa obter cobertura quanto a situações normais de desatenção na relação com os riscos cobertos.*

Na busca do ponto de equilíbrio da ponderação dos interesses em causa tem, como vimos, um relevo determinante o *modelo dado pela regulação imperativa e dispositiva do tipo legal*¹⁴⁵⁵. E tem-no em dois planos. Num primeiro plano, a referência imediatamente feita ao todo de sentido formado pela regulação do tipo permite inferir o objectivo que as partes visam tipicamente atingir negocialmente, e

¹⁴⁵⁵ Cfr. KARL LARENZ, *Richtiges...* cit., pp. 76-79, vendo aqui exactamente um afloramento da justiça contratual, atinente à ideia de equilíbrio na relação entre as partes. No Direito positivo alemão, o § 307, II, do BGB. Nos termos deste, deve na dúvida concluir-se pela existência de um desfavorecimento desproporcionado quando *uma cláusula não seja conforme a ideias-base* ("Grundgedanken", e não "Grundsätze") *essenciais da regulação legal que derroga* (1), ou quando *limite de tal modo direito e deveres essenciais, decorrentes da natureza do contrato que coloque em risco a consecução da sua finalidade* (2), ou quando não seja clara e compreensível (3). Este último ponto diz respeito ao controlo da transparência; já com os arts. 15.º e 16.º do RJCCG dialogam directamente os dois números anteriores. Não é evidente descobrir um sentido útil para cada um desses números, já que a colocação em causa de direitos ou deveres essenciais à luz da natureza do contrato sempre seria desconforme às ideias essenciais da dita regulação (quanto ao papel desempenhado no seu surgimento pela jurisprudência atinente aos "Kardinalpflichten", cfr. *infra*). Perante a impressão de que haveria que "procurar à lupa" a diferença entre o alcance de um e de outro destes números (WOLFGANG WURMNEST, "BGB § 307 Inhaltskontrolle", *MüKo BGB, II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432*, WOLFGANG KRÜGER (coord.), C. H. Beck, Munique, 2012, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 22.04.2014), nm. 70), a doutrina tem envidado esforços para alocar a cada um deles um sentido autónomo. Assim, considera-se que § 307, II, 2, visa especificamente as cláusulas relativas a contratos para os quais não esteja disponível um modelo de regulação típica e que não possam tão-pouco colher esse modelo da aplicação analógica do regime previsto para um negócio similar (é a opinião generalizada; por todos, WOLFGANG WURMNEST, § 307, cit., nm. 70). Esta consideração deixa porém imediatamente um outro problema em aberto: o da falta de um critério para valorar as cláusulas controvertidas (MORITZ RENNER, "Die „Natur des Vertrags“ nach §307 Abs. 2 Nr.2 BGB", *AcP*, 213, 2013, pp. 677-717, pp. 681 e ss.). A norma em análise decorre da jurisprudência do BGH atinente às "Kardinalpflichten", definidas de um modo muito genérico como "Pflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages erst ermöglicht und auf deren Erfüllung der andere Teil vertraut und vertrauen darf". Na busca de um critério para a sua identificação, o BGH assenta em dois níveis diversos: busca as obrigações nucleares à luz do escopo do concreto contrato celebrado; e busca do mesmo passo extraí-las das valorações legais. Aqui, vê a doutrina a convocação de duas fundamentações metodologicamente incompatíveis, o que não viria em auxílio do intérprete que buscasse um sentido autónomo para o § 307, II, 2. Este sentido tem sido procurado por alguma doutrina na valoração de uma abordagem sociológica do Direito, atinente à tutela de expectativas de facto colocadas na contratação, numa leitura influenciada pelas teorias dos "relational contracts" (Oechsler e, na sua esteira, MORITZ RENNER, "Die „Natur...", cit., pp. 683 e ss.) Não curamos especificamente desta problemática em texto, já que o que nos ocupa é a correcta mobilização do "Leitbild" fornecido pela *existência de uma regulação típica*; sempre se diga, porém, que a acentuação do elemento sociológico e do *carácter meramente fáctico das expectativas tuteladas*, se trazem ao jurídico a necessária atenção à virtualidade performativa da prática, não podem permitir que se perca de vista que se cura ainda de questões jurídicas, constitutivas do sistema jurídico, e que por isso têm um sentido também normativo, e não exclusivamente empírico (FERNANDO JOSÉ PINTO BRONZE, *A metodonomologia...* cit., pp. 81-82).

que podemos também designar, ao modo alemão, como sentido e finalidade do contrato. Este prende-se, como foi já decorrendo da exposição, *com uma visão normativizada da finalidade económica da operação económica*, vista desta feita de um plano abstracto-tipificado e não concreto – de acordo com o horizonte de expectativas do contraente médio a que é dirigido o clausulado¹⁴⁵⁶. É este *todo de sentido que não deve ser em qualquer caso perdido de vista na ponderação*.

Para lá deste passo, a cláusula controvertida pode sobrepor-se especificamente ao conteúdo de uma disposição supletiva, que vem então afastar. Neste caso, o modelo da regulação típica valerá sobretudo pelo seu conteúdo regulatório: impende sobre a cccg que se afastou da norma supletiva *a suspeita de vir favorecer desproporcionadamente os interesses do disponente, fazendo-o à custa dos interesses do aderente*. Por força dos riscos inerentes à utilização de ccg, o Direito dispositivo adquire assim uma rigidez que não lhe corresponderia à partida.

Não havendo norma supletiva que regule a matéria de que cura a cláusula em apreço, terá esta que ser *valorada na sua compatibilidade com o fim do contrato, à luz de argumentos teleológicos retirados, em primeira linha, do todo do regime típico; e, para lá destes, das demais normas e princípios do sistema que possam ser*

¹⁴⁵⁶ Como se disse acima, no ordenamento francês vale por princípio que uma cláusula que crie uma exigência de conduta ou exclusão do risco ligada a condutas preventivas ou mitigatórias não está sujeita ao controlo próprio das ccg. A instância de controlo situa-se, nesse ordenamento, ao nível das exclusões de conduta, que, nos termos do art. L 131-1, deverão ter carácter formal e limitado. Estes são actualmente usados em bloco e colimados a dois fundamentos, cada um deles ditando a invalidade da cláusula que o ameaça: a transparência do clausulado e a fiscalização face a uma potencial desnaturação do contrato. Analisaremos o primeiro mais abaixo; damos agora nota do segundo, dada a sua relativa analogia face ao critério do sentido e fim do contrato. Com o efeito, o legislador de 1930 considerava que o requisito do carácter limitado da exclusão visava à protecção contra a desnaturação da cobertura. Tratava-se de proibir as cláusulas que, a pretexto da exclusão da cobertura de certas infracções ("fautes"), desembocassem na negação do seguro, dando-se como exemplo a exclusão da cobertura dos danos resultantes da violação de leis e regulamentos (cit. por Groutel in HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., p. 262). Este critério foi inicialmente concretizado num sentido subjectivo. Assentava-se, à semelhança do erro-vício, na ideia de essencialidade do facto para a contratação: caso o segurado alegasse tinha contratado em vista da obtenção cobertura excluída, considerar-se-ia que a cláusula de exclusão era nula. O foco estava, pois, aqui não no sentido global do contrato, mas na cláusula e na sua alegada importância para o segurado. Este critério levou a decisões tidas como excessivas, como as que anularam, em seguros de responsabilidade civil do produtor, as cláusulas de exclusão do risco por danos causados nos próprios produtos, tendo sido abandonado a partir do ac. da Cassação de 28 de Abril de 1993. A desnaturação é hoje aferida em termos que se dizem objectivos. Face a uma ou várias cláusulas que pareçam alterar manifestamente a substância da garantia ("dans des proportions inquiétantes"). O juiz deve determinar quais os casos de responsabilidade do segurado que a definição do risco permitiria à partida cobrir e aferir da circunferência que resulta ainda coberta depois de considerados os efeitos das exclusões (Groutel in HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., p. 271).

solicitadas em reforço da posição de ambas as partes – vg., de protecção dos seus direitos fundamentais.

Em todo o caso, não se trata de um juízo fechado, mas de uma *ponderação*. E esta implica desde logo que se tenha em atenção o modo como esse quadro regulatório é mobilizado pelo concreto recorte das prestações principais. A recondução dos contratos aos tipos não é monolítica, havendo que alinhar o concreto contrato celebrado no plano do tipo, determinando se configura uma manifestação central ou periférica ou se deve ser reconduzido a um sub-tipo. Assim, por exemplo, o juízo atinente à exclusão da cobertura de despesas urgentes derivadas de um episódio agudo de doença pré-existente não será idêntico quando se trate de um seguro de saúde em viagem – postulando a utilidade da cobertura a sua inclusão – ou quando se trate de um seguro de saúde privado e complementar da oferta do Serviço Nacional de Saúde, como o poderão ser os do nosso ordenamento¹⁴⁵⁷.

Por outro lado, este mesmo carácter prudencial do juízo não implica que se aplique de plano toda a norma de Direito supletivo derogado – de outro modo, levar-se-ia este a factor de petrificação da evolução do sistema jurídico – ou que se atribua a mesma força vinculativa a todas essas normas. O Direito supletivo é aqui convocado por corresponder à diagonal da ponderação ajustada dos interesses em presença, e por, face às falhas de informação que rodeiam a contratação com recurso a ccg, corresponder a uma tutela objectivizada de expectativas face ao regime aplicável. Trata-se de um *juízo de grau: quanto maior o afastamento face ao Direito supletivo aplicável, maior a suspeita de inequitatividade*¹⁴⁵⁸. De resto, estes fundamentos não se verificam quando o Direito supletivo em causa tiver meras funções de clarificação e desoneração e o segurador tenha cumprido o seu ónus de tornar cognoscível o conteúdo do contrato ao segurado – pense-se, face ao art. 39.º do RJCS, na convenção, feita com transparência, segundo a qual o seguro produz efeitos a partir das 0 horas do segundo dia imediato ao da celebração¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵⁷ Veja-se o ac. do BGH de 02.03.1994, IV ZR 109/93, que considerou contrária ao fim do contrato de seguro de saúde em viagem a cláusula que excluía a cobertura de riscos atinentes a doenças que estivessem já em estado agudo, sendo carecidas de tratamento, ainda antes do início da cobertura – já que, por um lado, o segurador não poderia eximir-se por esta via ao seu ónus de avaliar devidamente o risco; e, por outro, tal equivaleria a recusar a cobertura exactamente quando o segurado apenas a ela podia recorrer (cfr. sobretudo p. 1536).

¹⁴⁵⁸ MICHAEL STÜRNER, *Der Grundsatz...* cit., pp. 118-119.

¹⁴⁵⁹ Na Alemanha, a jurisprudência convoca em geral a distinção entre as normas dispositivas a que corresponda um conteúdo de justiça ("Gerechtigkeitsgehalt") e aquelas a que corresponda uma

Por último, relevam claramente, à face do nosso ordenamento, nos termos do art. 16.º, as circunstâncias específicas da contratação, atinentes à *protecção de expectativas, agora num plano concreto*, decorrente do teor das cláusulas inseridas no texto contratual, bem como de outras circunstâncias ligadas à contratação¹⁴⁶⁰.

Vemos agora a protecção de expectativas a operar num plano concreto, e não já objectivizado, o que torna patente o polimorfismo do *comando da transparência na utilização de cláusulas contratuais gerais*. Na verdade, quando "uma cláusula restringe ou suprime um efeito do contrato cuja produção o aderente pode legitimamente esperar, por corresponder à imagem comum do tipo contratual em

racionalidade estratégica ("Zweckrationalität"), considerando que a rigidez do Direito supletivo será tanto maior quanto maior o conteúdo de justiça da disposição derogada WOLFGANG WURMNEST, § 307, cit., nm. 66. Trata-se de uma distinção controversa, considerada pouco transparente pela doutrina e que por isso tem por esta sido tentativamente densificada – veja-se já a doutrina alinhada em JAN SCHAPP, "Die Leitbildfunktion...", cit., p. 622. Parece-nos, porém, constituir uma coordenada útil, num juízo que, sendo de ponderação, não deverá ter-se por monolítico. Pouco probante nos parece, pois, a proposta de Schapp, que, considerando – bem – que o Direito dispositivo vigente a cada momento não pode levar à paralisia da evolução das práticas negociais, defende que apenas pode valer como parâmetro de controlo dos clausulados o Direito que possa ainda ter pretensões de vigência face ao carácter massificado das práticas negociais sob escrutínio, e não aquele a que subjaza o paradigma da contratação individualizada (pp. 624-625). Sem refutar a valia de uma interpretação teleológica das normas disponíveis, tomando em conta a sua pertinência face ao dito carácter massificado da contratação, parece-nos, por um lado, como resultou do exemplo dado em texto, que não deverá ser esse o único factor tido em conta na apreciação; e, por outro, que a conclusão pela dita pretensão de vigor do Direito supletivo face ao carácter massificado do negócio implicará possivelmente a transferência para um momento prévio do juízo de outros vectores atendíveis.

¹⁴⁶⁰ Esta também se coloca a propósito dos contratos de seguro, não sendo de aceitar uma perspectiva como a de JÜRGEN PRÖLSS, *I. Rechtsgrundlagen des Versicherungsvertrages*, cit., nm. 79-85, que considera que o prejuízo desproporcional que, já em todo o espectro da apreciação de ceg, deve ser considerado de um ponto de vista generalizador, deve sê-lo decisivamente à face do contrato de seguro. Aqui, não seria portanto de atender às circunstâncias concretas da contratação. O autor faz desta sorte entrar – em linha de resto com a primazia que dá aos elementos técnicos na construção dogmática do contrato – a consideração dos interesses da comunidade de segurados, considerando que a limitação desadequada da cobertura só começa quando puser em causa as necessidades de um número preponderante de segurados. Com o argumento da defesa dos interesses da comunidade de segurados derrotar-se-ia o que resultaria da interpretação do Direito alemão à luz da Directiva; de resto, o autor considera que o segurado não ficaria aqui desprotegido, sendo tutelado no tocante às suas circunstâncias particulares em sede de inclusão das cláusulas no contrato. Porém, face aos argumentos legais, o autor parece afinal admitir que o controlo deva atender às circunstâncias concretas, se bem que limitadamente. Assim, apenas se deveria atender às circunstâncias concretas quando estas, mesmo numa análise tipificada, estivessem já na margem da desadequação, espelhando uma situação concreta de inferioridade do contratante. E só devem ser tidas em conta as necessidades especiais do segurado que se tenham tornado aparentes no processo da conclusão do contrato, sendo reconhecíveis para o segurador e podendo ser feitas valer circunstâncias específicas da contratação mesmo quando desfavoreçam no caso o aderente face ao que seria o juízo resultante da análise tipificada – assim, quanto a ambos os aspectos, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, "Cláusulas...", cit., pp. 92-93, salientando argumentos literais da Directiva para defesa do segundo. Face à especificidade que Prölss quer aqui conferir aos seguros, *privando o segurado de protecção quanto à confiança concretamente gerada no processo da contratação*, não vemos porque se há-de dar ao segurador essa possibilidade, libertando-o da especial diligência na formulação das cláusulas e contratação que a sua assinalável vantagem informativa nesta sede lhe confere (discordando também de Prölss, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, "Cláusulas...", cit., pp. 92-93).

causa"¹⁴⁶¹, tanto pode bastar a *tutela no plano do conhecimento*, assegurando a *representação do desvio do contrato face às utilidades contratuais normalmente esperadas*, como essa tutela não ser já bastante. Se, no primeiro caso, estamos ainda no plano da *tutela de inclusão*, no segundo estamos já em sede de *tutela de conteúdo*, vedando terminantemente a produção de efeitos pela cláusula que contrarie aquelas expectativas¹⁴⁶²⁻¹⁴⁶³. À face da sistemática por que optou o legislador do RJCS, o controlo da transparência, enquanto controlo atinente ao carácter surpreendente da cláusula, concerniria a aspectos meramente formais, nos termos do art. 8.º c) do RJCCG. Os demais artigos que procedem à tutela da

¹⁴⁶¹ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, ""Economia...", cit., pp. 975-976.

¹⁴⁶² A jurisprudência germânica tem tornado o controlo da transparência transversal a essas várias fases, colocando-a tanto no plano do controlo do conhecimento da generalidade do clausulado, como, ainda em sede de controlo da inclusão, na fiscalização do carácter surpreendente de uma cláusula particular, como ainda – e agora com distância face aos dados legais nacionais – em sede do próprio controlo do conteúdo; ao ponto de se verberar a perda de foco da invocação da transparência, "fórmula vazia" que acolheria puro casuismo jurisprudencial (JÜRGEN BASEDOW, "Transparenz...", cit., pp. 1045-1046; ALEXANDER BRUNS, § 307, cit., nm. 99, reportando-se criticamente à força expansiva do parâmetro). Tal força expansiva da apreciação da transparência no ordenamento alemão é mais bem compreendida quando relembra aquela outra diferença face ao nosso ordenamento: a proibição de controlo de abusividade das cláusulas que configurem as prestações principais do contrato, que, vista à luz da Directiva, apenas recua quando tais cláusulas *não sejam claras e compreensíveis*. Foi esta última a porta de entrada para a apreciação do conteúdo das cláusulas que recortam as prestações principais, tendo aí grande relevância a jurisprudência bancária, especialmente a atinente às cláusulas de determinação dos juros no mútuo com hipoteca e a relativa às cláusulas de data-valor das operações – sobre a sua evolução, JOHANNES KÖNDGEN, "Grund...", cit., pp. 944-946. O controlo efectuado foi, porém, um genuíno controlo da falta de equivalência entre as prestações (JÜRGEN BASEDOW, "Transparenz...", cit., pp. 1049-1050, e jurisprudência analisada).

¹⁴⁶³ Assinale-se que o critério da transparência se tornou entretanto o eixo central do controlo dos clausulados no ordenamento jurídico francês, à luz do controlo das cláusulas de exclusão de riscos. O parâmetro é o da protecção das expectativas do segurado, *impondo que lhe sejam compreensíveis as condições nas quais está ou não está garantido*. A listagem de cláusulas de exclusão invalidadas pela jurisprudência superior francesa é elucidativa quanto ao carácter massivo da intervenção nos clausulados que se processa à sua sombra (Groutel *in* HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 263 e ss.). Trata-se aqui tanto *cláusulas gerais e conceitos indeterminados*, de índole, portanto, jurídica, que se considera que o segurado não está em condições de precisar – como, no acórdão, de 8 de Outubro de 1974, que marca o início desta jurisprudência, a "inobservância indesculpável das *leges artis* – , como de *noções práticas tidas por muito abertas* – "doenças ou acidentes ocasionados pelo alcoolismo", "doenças sexualmente transmissíveis", face a seguros de acidentes ou doenças, "valores", ou o "deixar as chaves em qualquer lugar facilmente acessível do exterior", face ao seguro contra roubo ou furto – ou *deveres de conduta recortados de um modo vago* – a exigência de que o segurado "zele como bom pai de família pela preservação e segurança do imóvel", ou "adopte todas as precauções habituais e razoáveis para a segurança e conservação dos bens segurados"; a exclusão dos "danos resultantes da falta de reparações indispensáveis que incumbam ao segurado" – ; ou ainda *enumerações enunciativas* de circunstâncias não cobertas – "... ou outro problema lombar", "...ou outros fenómenos naturais de carácter catastrófico"; como mesmo cláusulas que façam referência a regulação legal ou profissional de um modo tido como muito geral – como é o caso da cláusula que determina que o segurador poderá recusar a garantia em caso de uso de materiais de construção não convencionais, não conformes aos regulamentos em vigor; ou da cláusula do seguro de responsabilidade do promotor que exclua as consequências de operações deliberadamente levadas a cabo em infracção aos textos regulamentares aplicáveis a operações de construção.

inclusão dão, porém, cobertura generalizada às hipóteses em que a falta de possibilidade por parte do segurado-aderente de tomar conhecimento do conteúdo do contrato *provém do facto de a cláusula contrariar as expectativas concretamente formadas no processo negocial*, tendo em atenção o concreto segurado e o risco de que se trata¹⁴⁶⁴. Resta porém saber se, num sistema como o nosso que não tem que

¹⁴⁶⁴ Usando os exemplos fornecidos por JÜRGEN BASEDOW, "Transparenz...", cit., p. 1047, pense-se no caso do segurador que anuncia uma linha disponível 24 horas para apoio em caso de sinistro, que poderá suscitar confiança na suficiência desse contacto para a comunicação do sinistro.

A nossa jurisprudência tem, em sede seguradora, usado em considerável medida *o controlo de inclusão para cassar cláusulas falhas de transparência do clausulado*. No entanto, mesmo aí se ocultam na verdade *duas abordagens diversas*. De um lado, encontra-se a *fiscalização assente na relação jurídica em causa, sendo o eixo colocado nas possibilidades de conhecimento da cláusula pela contraparte concreta do segurador*. Sirva de exemplo o ac. do STJ de 26 de Novembro de 2002, Processo n.º 02A3560. Estava em causa a interpretação da cláusula de recorte primário do risco seguro que determinava o alcance da cobertura de danos causados por tempestade. No caso, o telhado dos segurados havia desabado em consequência de acumulação de neve causada por tempestade de neve, o que extravasa a definição contratual de tempestade. Não obstante, o TRC e, na sua senda, o STJ, vieram considerar que, de acordo com o horizonte de um declaratório normal colocado na posição dos reais declaratórios – residentes na Guarda, onde os nevões eram frequentes e o termo "tempestade" abarcava geralmente o sentido da tempestade de neve –, o termo em causa designaria também tempestades de neve. Como tal, apartando-se do comum uso do termo, a cláusula deveria ter sido comunicada de modo a permitir o conhecimento efectivo do seu conteúdo; não tendo tal ocorrido, deveria ter-se por expurgada (art. 8.º, a). Aqui, estamos perante o juízo individualizado típico da tutela de inclusão, sendo a falta de transparência aferida – e, como tal, havida por solucionável – à luz das possibilidades de conhecimento da cláusula em concreto. Outro exemplo decorre do ac. do STJ de 2 de Junho de 2015, Processo n.º 109/13.0TBMLD.P1.S1, em que se considerou, perante o risco de invalidez, que a cláusula que excluía a cobertura em caso de doença psiquiátrica, encontrando-se prevista entre um bloco de cláusulas de exclusão atinentes a condutas da pessoa segura ou a eventos anormais, deveria ser tida como cláusula-surpresa, por passar facilmente despercebida a um sujeito colocado na posição do aderente. Noutras hipóteses, *o tribunal finca-se claramente na falta de transparência construída em moldes tipificados*: contrária às expectativas do segurado será uma cláusula de "carácter anómalo, atento o tipo de contrato e os interesses que lhe subjazem". Ao modo alemão, o carácter surpreendente da cláusula é referido também a circunstâncias inerentes *não a uma confiança concretamente suscitada*, mas sim à *discrepância entre o sentido esperado face ao tipo de contrato em causa e o clausulado*. Ora, aqui já estaríamos na verdade a operar *em sede de tutela de conteúdo, aferindo do carácter abusivo da cláusula*. Sirva agora de exemplo o ac. do TRP de 27 de Fevereiro de 2014, Processo n.º 2334/10.7TBGDM.P1, pontos 3.1. e 3.3. Tratou-se aqui também de fundamentar a invalidade das – por várias vias verberadas e rejeitadas – cláusulas que definem a invalidez absoluta e definitiva de modo cumulativo como estado que se instala "quando, em consequência de doença susceptível de constatação médica objectiva, [a pessoa segura] fique total ou definitivamente incapacitada de exercer qualquer profissão e necessite de recorrer, de modo contínuo, à assistência de uma terceira pessoa para efectuar os actos normais da vida diária" (realçados nossos). A argumentação mais comum para fundar a expurgação deste tipo de cláusula é, porém, geralmente, fundada na tutela de validade, e não de inclusão. O TRP considerou que se trata aqui de uma cláusula-surpresa dado o seu "carácter anómalo, atento o tipo de contrato e os interesses que lhe subjazem", bem como o facto de figurar em local pouco explícito do mesmo contrato. Interpreta-se o art. 8.º, al. c), do RJCCG, de modo diverso ao que vem indiciado pelas referências da dita alínea apenas a aspectos da apresentação externa do contrato. Quanto ao "carácter anómalo [da cláusula], atento o tipo de contrato e os interesses que lhe subjazem", o acórdão considera que o alcance normal da invalidez não implica a sobredita necessidade de recorrer, de modo contínuo, à assistência de uma terceira pessoa para efectuar os actos normais da vida diária. O sentido desta cláusula não pode deixar de ser considerado à face do sentido do contrato em que se insere, que é o de reforçar a garantia de pagamento: se se pretende garantir o credor, então o sentido de invalidez que se compatibiliza com tal escopo é o da que impede o segurado de exercer uma profissão e auferir rendimento. Com bem salienta o aresto do TRP, o

se haver com limites formais prévios quanto ao reduto sobre o qual incide o controlo de conteúdo – sendo tais limites teleologicamente traçados pela doutrina e jurisprudência –, há ganhos em dar ao parâmetro da transparência um papel autónomo *em sede de controlo de conteúdo*.

Pensada a falta de transparência enquanto *frustração das expectativas objectivas que legitimamente se colocam face ao tipo contratual ou ao concreto contrato*, dir-se-ia que não vem aí substituir-se ao controlo da equivalência, que dá verdadeiramente o conteúdo ao juízo. Já pensada a falta de transparência enquanto *indiscernibilidade, para o aderente, do conteúdo dos direitos e deveres contratuais*, aparta-se o seu juízo mais decisivamente do controlo central da equivalência. E não se esgota, também, no controlo em sede de inclusão – pode ter sido cumprido o ónus de levar o clausulado ao conhecimento do aderente, mas, dada *a própria indeterminação do conteúdo das cláusulas, não ser possível extrair destas, a priori, a totalidade dos seus efeitos prospectivos*. Trata-se de uma questão especialmente apta a levantar-se em sede de contratos duradouros, onde o *uso de cláusulas de Tatbestand aberto* surge como válvula de ajustamento do contrato às alterações na

facto de o segurado necessitar ainda de auxílio para a prática do cuidado quotidiano da sua pessoa é totalmente irrelevante do ponto de vista do credor. O aresto não chega a aferir da validade material da cláusula, já que considera que esta sucumbe logo em sede prévia, não chegando sequer a integrar o contrato. Considerando-se aí, porém, que essa segunda parte da cláusula não é mais "do que um artifício pelo qual a seguradora, predisponente da cláusula, intenta sub-reptícia e encapotadamente restringir o alcance da cobertura do seguro", possivelmente viria esta a ser considerada incompatível com a boa fé contratual. Discorre-se, porém, em sede prévia: defende-se aí que a ordem jurídica portuguesa *não pode deixar de atender, no âmbito do controlo da transparência atinente ao carácter surpreendente das cláusulas, e tal como a ordem jurídica alemã, ao conteúdo do contrato, e não apenas ao seu aspecto externo*. Não poderia deixar de ser assim, porque as discrepâncias entre o sentido geral do contrato e o de uma cláusula que se mostrasse face a ele anómala não seriam menos aptas a impedir a cognoscibilidade das ditas cláusulas do que questões atinentes ao aspecto externo do clausulado. Como tal, não poderia nuns casos dar-se a cláusula como integrante do contrato e noutros dá-la à partida por não integrada, quando em ambos estivesse em causa a não percepção das cláusulas em questão. Seria, segundo o aresto, incoerente apodar de meramente conteudístico um vício que advinha exactamente dos obstáculos colocados pelo sentido da cláusula à possibilidade da sua percepção: tal equivaleria a dar a cláusula como integrante do contrato para afinal lhe negar validade por não estar em condições de ser percebida. Critica-se, assim, o pensamento de Sousa Ribeiro, quando o autor reduz o controlo do carácter surpreendente da cláusula, conforme o art. 8.º, al. c), do RJCCG, apenas à apreciação do seu aspecto externo. No caso, além do aspecto material atinente ao dito carácter anómalo da cláusula face ao sentido do contrato, o seu carácter surpreendente era ainda fundado nas questões formais de esta ser parte de uma disposição incluída em local secundário do contrato, como cláusula complementar, entre as condições especiais da apólice. Trata-se, como começámos por dizer, de um critério com virtualidade explicativa das situações de contradição entre ao sentido da regulação padronizada e o teor da cláusula: pensadas as expectativas do aderente de modo objectivo, face ao tipo, pode dizer-se que estas são num juízo abstracto defraudadas em situação de desequilíbrio. Porém, levar este género de controlo, abstracto e tipificado, para o momento da tutela da inclusão, é pôr tal tutela em condições de engolir a tutela conteudística – que é a que dispõe dos instrumentos metódicos necessários a operar a aferição e causa.

realidade subjacente.

Ora, em sede de controlo de conteúdo, este juízo de falta de transparência poderá revelar utilidade na concretização de atentados à equivalência entre as atribuições, já que a *falta de transparência encapota ou permite essa mesma falta de equivalência*. Num caso extremo, é isso que ocorre quando o conteúdo da cláusula em apreço se tornar, para o aderente, indeterminável ao ponto de a cláusula *atribuir ao predisponente total discricionariedade na conformação futura dos direitos e deveres do cliente*¹⁴⁶⁵. Em termos mais gerais, a falta de transparência mostra ainda aptidão a *colidir com a preservação do sentido e fim do contrato, não permitindo ao aderente determinar as utilidades que dele retira*. Trata-se de incidência que colhe a maior importância no contrato de seguro.

Com efeito, o escopo do contrato de seguro prende-se com a transferência de um risco em termos materiais, de modo a permitir ao sujeito *saber que terá os meios necessários* a afrontar consequências desfavoráveis que um evento futuro é apto a produzir na sua esfera. Esta *vertente prospectiva da transferência do risco* é, como vimos também, decisiva: *o contrato não deixa de cumprir a sua finalidade ainda que o sinistro não venha a ocorrer*. O contrato visa, sim, à *garantia da imunização da sua esfera face a eventuais consequências desfavoráveis de eventos incertos* – visa, portanto, à *segurança, ou, se se quiser, à possibilidade de planificação económica dos sujeitos*. Ora, esta possibilidade impõe *especiais garantias de certeza* quanto ao alcance da cobertura adquirida, sob pena de a *"aquisição de segurança"* intendida se ver esvaziada. É aqui que o comando da transparência surge no papel de guarda avançada do cumprimento da finalidade do contrato, *sendo indispensável a tal aquisição de segurança a cognoscibilidade da extensão da cobertura oferecida*. Tal não passa, porém, sem *ponderação* com as

¹⁴⁶⁵ Cfr., na nossa jurisprudência, o ac. do STJ de 24 de Abril de 2014, Processo n.º 6659/09.6TVLSB.L1.S1, que considerou que a cláusula que fazia depender o reconhecimento da situação de invalidez total e permanente da sua confirmação por um médico da seguradora, para além da sua certificação perante junta médica, favorece excessiva e desproporcionadamente a posição da Seguradora, predisponente, já que não havia razão compreensível para essa exigência, e que além disso se punha a final a decisão sobre efectuar ou não a prestação nas mãos do segurador, que seria "juiz em causa própria". Em geral, cfr. JÜRGEN BASEDOW, "Transparenz...", cit., pp. 1050-1051, 1054. O autor considera, em sede de controlo de conteúdo, que o parâmetro é o da equivalência entre as prestações. De resto, é inevitável a incompletude contratual em relações duradouras, podendo sempre apodar-se de intransparentes cláusulas de contratos duradouros, como os de seguros, que se determinam sucessivamente por circunstâncias futuras – vg., a exigência de cumprir regulamentos depende dos que valerem a cada momento. Aqui, urge precisar o que se entende por transparência e falta dela. Segundo o autor, apenas teremos uma ofensa relevante à transparência quando a cláusula atribuir ao predisponente total discricionariedade na conformação futura dos direitos e deveres do cliente (pp. 1051, 1054).

exigências justificáveis de consagração de cláusulas gerais e conceitos indeterminados nos clausulados – não só porque sem estes não é sequer possível a delimitação do risco ou a adaptação de um contrato muitas vezes duradouro à realidade subjacente; mas porque, na sua interpretação, o segurado sempre beneficiará da tutela da interpretação mais favorável ao aderente¹⁴⁶⁶.

Para lá deste parâmetro geral, na concretização do *sentido e finalidade dos contratos de seguro*, tem uma particular força reitora a ideia de que se trata da preservação da distribuição de riscos própria do contrato. Esta deve ser perspectivada, como dissemos acima, face à *concreta manifestação do tipo posta em marcha – face ao concreto risco a cuja cobertura se pretendeu proceder*¹⁴⁶⁷⁻¹⁴⁶⁸⁻¹⁴⁶⁹. Tratando-se aqui da concretização de um juízo de proporcionalidade, a análise é gradativa: quanto mais a cláusula em questão comprimir a cobertura do risco pactuado, à luz da medida de tal cobertura necessária ao efeito útil da cobertura, mais a cláusula é suspeita de colocar em perigo a finalidade do contrato – não sendo de resto necessário que inviabilize totalmente esta finalidade, mas só que a coloque em risco, para que mereça censura.

Na matéria do controlo da legitimidade das cláusulas de delimitação do risco no contrato de seguro, a jurisprudência nacional tem, aliás, sido pródiga na mobilização destes parâmetros. É, por exemplo, à sua luz que têm sido invalidadas

¹⁴⁶⁶ MANFRED WANDT, *VVG* § 28, cit., nm. 30.

¹⁴⁶⁷ ALEXANDER BRUNS, § 307, cit., nm. 115.

¹⁴⁶⁸ O art. 45.º, n.º 1, RJCS, na linha do que resultava já do art. 9.º do RJT (tido por imperativo – PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, "Cláusulas contratuais...", cit., p. 253), determina que as condições gerais e particulares do contrato de seguro *não podem modificar a natureza dos riscos cobertos, tendo em conta o tipo de contrato de seguro celebrado*. Ao abrigo do art. 13.º, n.º 1, trata-se de norma semi-imperativa – o que, dentro dos limites colocados pelas normas de supervisão, é compatível com uma possibilidade de conformação transparente da cobertura. Esta norma não exprime, porém, tudo o que dizemos em texto: na preservação da distribuição dos riscos própria do contrato, vai compreendido mais do que a hipótese extrema em que o contrato passa a cobrir outro risco – vão nela também compreendidas as hipóteses em que se altera o *quantum* do risco coberto, sem que a sua qualidade se altere.

¹⁴⁶⁹ Não nos parece aqui probante apelar ao art. 21.º, e), do RJCCG, que tem por absolutamente proibidas as cláusulas que alterem a distribuição do risco contratual. Trata-se, conforme nos dá conta ANA PRATA, *Contratos...* cit., p. 493, de norma de inspiração francesa, mas que é actualmente uma originalidade no Direito comparado mais próximo. Trata-se de norma que carece de uma interpretação cuidada, sob pena de, por força da polissemia do conceito de risco no Direito, tragar grande parte dos clausulados – como assinalámos já, toda a criação de deveres laterais no contrato gera uma redistribuição de riscos contratuais. Acresce que, estando inserida no elenco das cláusulas absolutamente proibidas, esta seria avessa a uma ponderação no plano do quadro negocial padronizado, sendo alvo de um desvalor abstractamente pressuposto pelo legislador (ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas...* , cit., p. 386-f; ALMENO DE SÁ, "Lei..." , cit., pp. 38-39). Não é, pois, este o parâmetro para demarcar os limites à possibilidade de conformação do risco tomado pelo segurador através da criação de exigências de conduta, em face da manifestação do contrato de seguro em causa.

as cláusulas dos seguros contratados para garantia de crédito que cubram riscos de invalidez, quando o preenchimento dos pressupostos da invalidez requeira a impossibilidade de subsistência funcional sem o apoio de terceira pessoa. Considera-se tal descrição *demasiado restritiva face ao escopo do contrato, que é o da cobertura do risco de ficar economicamente impossibilitado de solver o contrato de mútuo*, e, retira-se daí a consequência da sua nulidade¹⁴⁷⁰. Já não seria assim, claro está, se se tratasse exactamente de um seguro de dependência.

Numa última nota, diga-se que, curando-se aqui de mobilizar o *parâmetro geral* de controlo do carácter abusivo da cláusula, o juízo vale quer o aderente seja um consumidor, quer actue como profissional. Não obstante, tal aferição deverá ser modulada em atenção à maior capacidade de que disponha o aderente empresarial, em atenção ao círculo negocial a que pertença¹⁴⁷¹. Diferentes círculos negociais têm diferentes interesses e necessidades de protecção, que podem compensar um maior afastamento em relação ao modelo legal, desde que assegurada a devida transparência do clausulado.

Nos ramos que aqui analisamos, não estão em causa seguros de grandes riscos; mesmo que o estivessem, porém, os regimes maioritariamente semi-imperativos que nos servem de guia não perderiam esse papel modelar – a sua supletividade seria, como visto, relativizada pelos riscos envolvidos pela contratação com recurso a ccg¹⁴⁷².

b. A fiscalização das cláusulas que criem exigências de conduta atinentes ao risco

Para configurarmos o modelo de distribuição do risco próprio do contrato que nos possa servir de guia neste aspecto, deveremos olhar o conjunto das opções legislativas em sede de regulação destas exigências de conduta. Vimos que o desenho que delas defluiu constrói uma figura marcada por um certo dualismo. No

¹⁴⁷⁰ Ac. do STJ de 7 de Outubro de 2010, Processo n.º 1583/06.7TBPRD.L1.S1; ac. do STJ de 27 de Maio de 2010, Processo n.º 976/06.4TBOAZ.P1.S1 (sumário); mais recentemente, ac do TRL de 26 de Fevereiro de 2013, Processo n.º 411/10.3TBTVD.L1-7.

¹⁴⁷¹ MANFRED WOLF, "BGB § 307 Inhaltskontrolle", in *AGB-Recht Kommentar*, MANFRED WOLF/WALTER F. LINDACHER/THOMAS PFEIFFER (coord.), C. H. Beck, Munique, 2009, pp. 288-412, pp. 316-318.

¹⁴⁷² HARRY SCHMIDT, "Allgemeine Versicherungsbedingungen", in *AGB Recht Kommentar*, PETER ULMER/HANS E. BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN (coord.), Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2011, pp. 1765-1780, p. 1774, salientando que as normas semi-imperativas da VVG fornecem o padrão de apreciação também para grandes riscos.

tocante às exigências de conduta que se prendem com a *interferência material sobre o risco*, o RJCS, correctamente interpretado, assenta em padrões de conduta que partem da actuação como se se não estivesse segurado, devendo a cobertura acolher ainda uma actuação de maior exposição ao risco quando esta não contrarie os parâmetros materiais que inervam o contrato – a ordem pública, os bons costumes e a boa fé. Já no tocante aos deveres de informação, a actuação valorada apenas faz sentido nos quadros do contrato. A densidade da cobertura é tutelada de modo especial pela lei, quando esta exige como patamar mínimo do surgimento do dever o conhecimento objectivo das circunstâncias de facto por parte do segurado.

Por outro lado, assinalámos também atrás que estas exigências de conduta se retraem em relação aos seguros de pessoas. Tal não deve, como vimos, ser interpretado como sinal de reconhecimento de maior espaço de intervenção à autonomia privada, mas sim de *preservação de uma área onde interferem direitos de personalidade e onde o risco moral é à partida menor*. É assim que o legislador recusa a incidência de deveres de comunicação relativos aos agravamentos do risco quanto ao estado de saúde da pessoa segura; e que recusa também nessa sede a incidência do regime do salvamento.

Convocado o modelo legal em termos gerais, cumpre agora operar algumas precisões quanto ao modo de o mobilizar.

A primeira delas decorre logo do que dissemos quanto ao salvamento, mobilizando não o mero texto da norma legal, mas o sentido que extraímos da norma enquanto critério de decisão integrante de um sistema jurídico que a co-constitui – e que nos levou a considerar a negligência grosseira como patamar mínimo para retirar consequências do incumprimento daquela exigência. Como vimos já e frisamos, tal é expressão da metodologia a adoptar em termos gerais, vendo o Direito dispositivo na verdade como uma diagonal atravessando os vários estratos do sistema¹⁴⁷³.

¹⁴⁷³ Tal é o entendimento assente na Alemanha, entendendo-se que o modelo que orienta o controlo de conteúdo corresponde não apenas à norma legal, mas a "[d]ie dem Gerechtigkeitsgebot entsprechenden allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze, das heißt neben den (dispositiven) Gesetzesbestimmungen auch alle ungeschriebenen Rechtsgrundsätze, die Regeln des Richterrechts oder die auf Grund ergänzender Auslegung nach §§ 157, 242 und aus der Natur des jeweiligen Schuldverhältnisses zu entnehmenden Rechte und Pflichten" (WOLFGANG WURMNEST, § 307, cit., nm. 68). Sirva de exemplo a este respeito a jurisprudência do ac. do BGH de 21.04.1993, IV ZR 33/92, que afirmou expressamente que à regulação legal pertenciam também todas as suas manifestações extraídas pela doutrina e jurisprudência por interpretação e integração (nm. 18);

Por outro lado, vimos que, em todo o caso, se trata de um juízo analógico de mobilização dos regimes legais pré-disponíveis. Se é assim mesmo quando se trata de uma situação de derrogação contratual de uma norma supletiva pré-disponível, mais ainda o será aqui. Com efeito, como começámos por assinalar, não dispomos, ao contrário de outras ordens jurídicas vizinhas, de uma norma de captura das exigências de conduta criadas por contrato. O figurino que a interpretação do RJCS recorta permite reconhecer as opções centrais do ordenamento; mas não de modo nenhum soluções directamente mobilizáveis para as hipóteses que se nos podem aqui colocar. Desde logo porque, relativamente à valoração da actuação material face ao risco, o RJCS apenas regula exigências de conduta com *Tatbestände* genéricos – a proibição da causação dolosa do resultado "sinistro", ou a adopção das medidas exigíveis face à prevenção e à minoração das consequências do sinistro –, não dando indicações quanto à *valoração do não acatamento de exigências de conduta específicas*.

Ora, o *recorte específico de exigências de conduta torna-as menos gravosas*, porquanto *menos limitativas da liberdade de actuação do sujeito passivo*. A cobertura ficará, como tal, à partida, menos comprometida quando colocada na dependência do cumprimento de uma exigência de conduta específica.

Este dado é em geral valorado pelos preceitos-barreira dos vários ordenamentos, que requerem em geral que os deveres de conduta criados por contrato *tenham carácter determinado*. É assim à face do ordenamento belga, que, no actual 65. da LA (anterior art. 11. da LCA) impõe que a obrigação em causa seja determinada, o que a doutrina interpreta de modo alinhado com a hipótese do art. 8., considerando que tal obrigação não pode deixar de ser expressa e limitada¹⁴⁷⁴. É assim à face do ordenamento alemão, considerando-se que vale um "Bestimmtheitsgebot" como condição de legitimidade destes deveres de conduta,

salienta-a exactamente a este respeito ULRICH HÜBNER, "Auswirkungen der europarechtlich vorgegebenen Änderungen des AGB-Gesetzes und des Versicherungsaufsichtsrechts auf die richterliche Kontrolle von Allgemeinen Versicherungsbedingungen", cit., p. 62.

¹⁴⁷⁴ VICENT CALLENWAERT, "L'exigence...", cit., 14626(2), em nota. A jurisprudência tem, porém, sido errática na mobilização de tal pressuposto, ora considerando que basta que o conteúdo da cláusula seja, apesar dos seus termos gerais, suficientemente evocativo (assim, o ac. da Cour d'Appel de Liège de 28 de Maio de 2008, anotado na referida obra, admitindo a validade de cláusula que determinava que o segurador não cobriria os danos causados por falta manifesta de precaução ou manutenção e, nomeadamente, quando o segurado não tivesse fechado a torneira principal de alimentação em caso de desocupação por mais de oito dias consecutivos), ora considerando incompatível com a lei a cláusula que se limitava a formular em termos gerais uma obrigação de diligência (ac. da Cassação de 12 de Janeiro de 2007, citado na mesma obra).

devendo o clausulado *reportar-se a um específico comportamento ligado ao risco* – não se poderia, pois, impor ao segurado condutas indeterminadas e carecidas de interpretação¹⁴⁷⁵. E é assim também face ao art. L131-1 do Cod. Ass., que, actuando contra as exclusões de riscos, exige que tenham carácter formal e limitado.

Por outro lado, importa repetir que se trata aqui sempre de uma ponderação e de um juízo gradativo: quanto maior o afastamento face ao quadro legal, mais indiciada fica a desproporção. Nas considerações que faremos de seguida, preocupar-nos-emos em extrair um parâmetro geral de orientação da solução devida, *pensando especialmente nos aderentes que integrem o círculo dos consumidores*. Face a contraentes com grau mais elevado de preparação, que estejam em condições de compreender e valorizar um "trade-off" de mais risco por menos prémio, maior afastamento se justificará.

Por último, deve ser reforçado que, quanto menos densidade tenha o plano legal no tocante ao objecto da cláusula, mais a frustração da finalidade esperada do contrato deverá ser aferida em termos concretos, face às expectativas criadas pelo singular contrato. De resto, a interpretação da cláusula controvertida terá sempre que a situar no conjunto do contrato a que concerne.

O primeiro conjunto de questões com que teremos de nos confrontar diz respeito à criação de exigências de conduta em zonas para as quais o RJCS prevê os regimes específicos de que dissemos acima – levando-os, porém, de um modo ao menos formalmente legítimo, para lá dos seus pressupostos. Estaria nestas condições a hipótese de previsão de exigências de salvamento ou de comunicação de agravamentos de risco em sede de seguros de saúde. E estaria nas mesmas condições a hipótese de exclusão da cobertura de acidente ou de riscos de saúde em caso de causação do sinistro com negligência ligeira ou grosseira. Vejamos.

O RJCS afasta supletivamente a comunicação de agravamento, *no tocante ao estado de saúde da pessoa segura, em relação ao seguro de saúde*. A sua previsão

¹⁴⁷⁵ HORST BAUMANN, "§ 81", cit., p. 260. Esta interpretação tinha apoio na letra do § 32 da versão anterior da VVG, que afirmava que o regime do agravamento do risco não poria em causa uma "Obliegenheit" contratual que impusesse ao tomador uma *conduta específica* de diminuição do risco ou prevenção do seu agravamento. Apesar de esta norma ter caído na nova redacção, entende-se que permanece este "Bestimmtheitsgebot" – de outro modo, piorar-se-ia a posição do obrigado, contra o claro sentido da intervenção do legislador de 2008. De resto, tal imposição sempre resultaria do *imperativo de transparência que vale por se tratar aqui, em geral, de contratação com recurso a cláusulas contratuais gerais* (MANFRED WANDT, VVG § 28, cit., nm. 30).

está, pois, à partida, sob suspeição de desacordo com o juízo legal atinente ao equilíbrio entre as posições das partes. A corroborar o juízo extraído do regime supletivo, valem, na ponderação dos valores fundamentais do Direito que devem aqui ser tidos em consideração, argumentos retirados da *garantia da reserva da intimidade da vida privada do segurado*, que seria ameaçada de um modo *desproporcional* se o segurado fosse colocado sob ameaça de perda da cobertura caso não comunicasse *todos os factos de que pudessem relevar um agravamento do seu estado de saúde*¹⁴⁷⁶. Resta ao segurador, nesta sede, *tornar transparente os termos em que aceita o risco, procedendo à exclusão de parte das suas manifestações ou à previsão de cláusulas de adaptação do prémio*¹⁴⁷⁷.

O regime do salvamento não se aplica nesta sede – não já em razão de um afastamento supletivo expresso, mas sim por não ser mobilizado de plano para a categoria dos seguros de pessoas. Não é, porém, dessa diferença meramente formal que resultam os argumentos mais probantes para sustentar a admissibilidade da sua previsão em sede de seguro de saúde. Deve, sim, atender-se a que a exigência de conduta coloca nesta sede questões muito similares àquelas com que se defronta a sua inscrição em sede de seguro de acidentes, onde se encontra expressamente prevista. Está em causa, nos dois casos, a questão da exigibilidade da submissão a cuidados de saúde que possam minorar a doença – termo em que vai compreendida a lesão da integridade física relevante do acidente – que é elemento constitutivo do sinistro. A possibilidade da previsão do regime não pode deixar de valer dentro dos limites semi-imperativos que concretizámos a esse propósito – com grande ênfase, nesta sede, o da *apreciação subjectivizada da diligência relevante*. Trata-se de um limite que sempre procederia, ainda que não se colocassem os riscos especiais da contratação com recurso a ccg: se a *ratio* subjacente ao regime semi-imperativo procede por inteiro e a necessidade de protecção da contraparte não é menor, a

¹⁴⁷⁶ Cfr. WOLFGANG WURMNEST, § 307, cit., nm. 69, salientando que se tem por infiltrados no juízo de justiça ("Gerechtigkeit") inerente à disquisição do modelo de controlo os juízos provindos de outras normas que não as que conformam directamente o tipo contratual em causa – e dando exactamente por exemplo a penetração das normas sobre protecção de dados pessoais no controlo dos clausulados.

¹⁴⁷⁷ Art. 22.º, n.º 1, c) e n.º 2, b). É de salientar que, na ordem jurídica alemã, foi por via da fiscalização das cláusulas de actualização unilateral do preço que o *carácter material do controlo da transparência de insinuou* (sem, porém, uma identificação expressa do comando). Trata-se também aqui de trazer uma desvantagem desproporcional à esfera do aderente, já que, *quando mais indeterminada a reserva unilateral de conformação outorgada ao predisponente, mais desprotegido está este perante o arbítrio daquele*. Sobre a evolução desta jurisprudência, JOHANNES KÖNDGEN, "Grund...", cit., pp. 944-946.

transposição deve respeitar idênticos limites de imperatividade.

Por último, caberia questionar em que medida pode haver lugar à valoração da negligência simples ou grosseira na causação do sinistro para determinar a exclusão da cobertura. O facto de se estar perante a delimitação directa da cobertura, pela especificação das características do risco aceite, militaria a favor livre exclusão destes riscos. Porém, quer perante os acidentes pessoais, quer perante a doença, a exclusão em caso de negligência simples implicaria um esvaziamento da cobertura. Num caso, ou noutro, deve ter-se presente que se trata exactamente de cobrir riscos em grande medida determinados pela actuação do segurado; e que este está *constantemente a "gerir" a fonte de risco aqui decisiva: a sua própria pessoa*. Relativamente à generalidade dos danos causados por estes riscos seria, pois, *sempre pelo menos discutível a intervenção de incúria por parte do segurado*. A função previdenciária destes seguros, que acompanhou o seu nascimento, visando garantir os sujeitos face a riscos não decorrentes da actuação de terceiro – e que por isso não pudesse ser este terceiro a suportar – milita, aliás, pelo espessamento da cobertura no tocante à cobertura das consequências da actuação do segurado.

Tudo compulsado, não parece haver margem para a admissibilidade de uma exclusão de plano da cobertura de sinistros causados com negligência simples, num ou noutro caso. A exclusão de plano da cobertura da negligência grosseira, *sem precisar o modo da sua determinação*, merece também um juízo perfunctório de ilegitimidade. Como vimos dizendo, pelo tipo de riscos que está em causa, não se logra precisar à partida em que circunstâncias se pode dizer que o sinistro foi co-causado com negligência grosseira do segurado – pelo que se tornaria *indiscernível para o segurado o "produto jurídico" afinal adquirido, frustrando-se o escopo prático-económico do contrato, atinente ao fornecimento de segurança em certo domínio da existência do segurado*¹⁴⁷⁸⁻¹⁴⁷⁹. Veríamos, pois, aqui o comando da

¹⁴⁷⁸ Cfr., numa argumentação mais restrita, mas inteiramente paralela, o ac. do TRP de 31 de Janeiro de 2012, 8728/09.3TBVNG.P1, que determinou a nulidade da cláusula de seguro de responsabilidade civil (construção civil) que excluía a cobertura de todos os danos “resultantes da violação ou não cumprimento das disposições legais ou administrativas, de carácter geral ou autárquico, relativas à execução das obras ou de medidas de segurança que a lei ou a experiência comum recomendem”, considerando que esta “desvirtua[va] e esvazia[va] consideravelmente o conteúdo do contrato de seguro e beneficia[va], desmedida e injustificadamente, a posição contratual da seguradora, pondo em perigo a finalidade visada com a celebração do contrato”.

¹⁴⁷⁹ Cfr. Leduc *in* HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., pp. 520-522, argumentando contra a admissibilidade de um dever geral de prevenção do sinistro com a consideração de que o regime legal dá a indicação de que os sinistros causados com negligência gozam à partida de cobertura, eventualmente de um modo expresso ou prevendo apenas a exclusão

transparência a aliar-se à garantia de que o contrato cumpre o seu escopo. Para que sejam admissíveis as exclusões de cobertura em caso de negligência grosseira, deverão, pois, vir *suficientemente concretizadas* na cobertura as hipóteses em que relevam.

O segundo conjunto de questões aqui relevantes prende-se com a inscrição no contrato de outras exigências de conduta, a cuja violação vem associada a perda total ou parcial da cobertura. Estas podem reportar-se à adopção de condutas materiais, como à prestação de informações relevantes para o controlo quer do risco, quer da extensão das consequências do sinistro; e podem colocar-se tanto antes, como depois do sinistro.

Não dispomos aqui de um modelo directo que nos permita traçar as fronteiras provisórias da retransferência de risco implicada pela criação destas exigências. Um *juízo imediato de suspeição* recai sobre as cláusulas que prevejam exigências de conduta com *Tatbestände* muito amplos. Assim, por exemplo, não devem ser permitidas cláusulas que imponham apenas um dever de actuar cuidadosamente, que se reportem meramente ao dever de actuar como um homem de negócios ordeiro, ou como se não houvesse seguro. Retomando o que dissemos acima, fazemos notar que a rejeição da validade deste tipo de exigências de conduta – ou, no ordenamento francês, de exclusões do risco – é uma isotopia no Direito comparado mais próximo. As várias fundamentações apresentadas acabam, a final, por se reconduzir à ponte entre transparência e cumprimento do escopo do contrato: no fundo à *ideia de que a indeterminação do que pode pôr em causa a cobertura mina a função de segurança do contrato*¹⁴⁸⁰.

da cobertura de factos dolosos, ou destes e dos grosseiramente negligentes. No quadrante belga, lembre-se que as cláusulas inseridas em seguros de cobertura de risco de hospitalização que *excluem os sinistros causados por acto intencional do segurado, beneficiário ou outro sujeito interessado, sem definir o que se entende por acto intencional*, são viciadas por falta da clareza e precisão necessárias à luz das disposições de protecção do consumidor (JEAN-MARC BINON, "Actualités législatives et jurisprudentielles dans les assurances de personnes", in *Actualités en droit des assurances*, CATHERINE PARIS/BERNARD DUBUISSON (coord.), Anthemis, Liège, 2008, pp. 325-414, p. 410). Em si, a exclusão da cobertura de sinistros causados com negligência é permitida. Mas esta cláusula ofereceria vários problemas: desde logo, o da indeterminação do seu conteúdo, já que a saúde do próprio é em larga medida influenciada pelos seus próprios actos. Salvo quando interpretada de um modo restritivo, esta cláusula colocaria problemas de esvaziamento da cobertura.

¹⁴⁸⁰ Cfr. MANFRED WANDT, *VVG* § 28, cit., nm. 30, considerando que a exigência de especificidade das exigências de conduta sempre resultaria da exigência de transparência consagrada no § 307 do BGB; PIERRE VAN DER MEERSCH, "Obligation de l'assuré...", cit., pp. 467-470 e Fabrice Leduc in HUBERT GROUDEL/FABRICE LEDUC/PHILIPPE PIERRE, et al., *Traité...* cit., p. 520, considerando que a imposição de um dever geral de prevenção ou atenuação do próprio sinistro, ao longo de todo o

Face às exigências de conduta, a cumprir antes ou depois do sinistro, que o contrato recorte de um *modo específico*, serve-nos de modelo reitor o desenho traçado pelos regimes do RJCS que analisámos¹⁴⁸¹. Repetimos, porém, que este modelo não pode ser decalcado para a avaliação de exigências de condutas específicas, já que estas, de um lado, são menos limitativas da liberdade de acção do segurado e, do outro, são mais condicentes com previsibilidade do funcionamento da cobertura conforme ao escopo do contrato.

Assim, pode admitir-se que tal especificidade compense o facto de bastar culpa ligeira – que, aliás, virá, provado o incumprimento, presumida – para retirar consequências do incumprimento das exigências de conduta¹⁴⁸². A preservação da utilidade da cobertura, face à ampla possibilidade de violação com negligência simples, milita a favor desta exigência mínima¹⁴⁸³.

Central é, porém, aqui o juízo de causalidade entre o incumprimento e a produção de uma desvantagem na esfera do segurador. A exigência de causalidade exprime aqui um *vector claro de proporcionalidade*¹⁴⁸⁴⁻¹⁴⁸⁵, conforme não só ao

contrato, sancionando toda e qualquer negligência do segurado em relação ao objecto seguro, implicaria um risco sério: o minar da função de segurança cumprida pelo contrato de seguro. Ecoa aqui ainda o julgamento, pela jurisprudência italiana, do carácter abusivo das cláusulas que subordinassem o pagamento da prestação seguradora à entrega da "necessária documentação", considerando-se que tal tornaria aleatório o direito do segurado (citada em JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, "Cláusulas...", cit., p. 102).

¹⁴⁸¹ Assim, MAX KELLER/KARL TÄNNLER, *Kommentar...* cit., p. 637, face ao ordenamento suíço, reforçando o argumento da contrariedade de uma cláusula de "Verwirkung" não dependente dos pressupostos da culpa ou da causalidade em relação ao fim do contrato em atenção às disposições da regulação do contrato de seguro que, em lugares paralelos, requerem a culpa e a causalidade para retirar efeitos de uma infracção

¹⁴⁸² Similarmente, JÜRGEN PRÖLSS, "Künftige...", cit., p. 475, face às exigências de conduta a cumprir previamente ao sinistro, que se destinam ao controlo do risco. Esta solidariedade entre a especificidade da norma de conduta violada e o juízo de censura merecido perpassa as considerações gerais atinentes à avaliação da negligência da conduta. Considera-se como factor do agravamento da culpa a *existência de uma norma de conduta específica com escopo de prevenção daquele tipo de risco, já que tal norma não só identifica o potencial de risco da conduta, militando pela recognoscibilidade do dano, como aponta uma via segura para a redução de tal risco* (STEFAN GRUNDMANN, § 276, cit., nm. 99).

¹⁴⁸³ JÜRGEN PRÖLSS, "Künftige...", cit., p. 476, ligando este patamar ao interesse geral dos segurados, mas tendo por aconselhável *de iure condendo* a opção pelo patamar da negligência grosseira.

¹⁴⁸⁴ A ideia de desproporção foi particularmente afirmada pela jurisprudência belga relativamente às cláusulas que impõem, no seguro contra furto ou roubo, a gravação de vidros dentro de um certo prazo, sob pena de a prestação seguradora se ter por não devida. Com efeito, trata-se de cláusulas que têm por escopo facilitar a identificação do veículo em caso de roubo – sem que, contudo, garantam a consecução de tal desiderato; pelo que, mais ainda aqui se questiona a proporcionalidade entre não cumprimento e consequência – BERNARD DUBUISSON, "Actualités...", cit., pp. 176-177. Também a jurisprudência espanhola considerou lesiva, por desproporcional, e, como tal, nula, a cláusula do contrato de seguro que determinava a perda do direito à prestação em caso de notificação tardia do sinistro, considerando que nesse caso apenas deveria haver lugar à reparação por perdas e

carácter de sanção (lato sensu) de uma consequência jurídica que afecte o direito à prestação – e ao recorte de uma esfera de responsabilidade aqui em causa –, como à preservação da equivalência entre as prestações, em atenção já ao recorte das

danos (FRANCISCO JAVIER TIRADO SUÁREZ, "Cláusulas...", cit., p. 182). Na jurisprudência alemã, saliente-se o ac. do BGH de 21.04.1993, IV ZR 33/92, nm. 21-22, considerou-se desproporcional e contrária à boa fé a cláusula do contrato de seguro de recheio de casa que excluía a cobertura do sinistro quando causado com dolo ou negligência grosseira pelo tomador ou por pessoas maiores que com ele vivessem em comunidade doméstica. A aferição da desproporção foi operada pelo BGH do seguinte modo: reconhecendo-se o interesse legítimo do segurador em excluir o seu dever de prestar nestes casos, afirma-se que tal não pode deixar de ser cotejado com as directrizes conferidas pelo regime lega supletivo. Ora, o § 61, de onde brotava tal regime, deveria ser compreendido à luz dos seus desenvolvimentos jurisprudenciais plasmados na categoria da "Repräsentantenhaftung" – a limitação resultante desta directriz assegurava ao segurado a protecção dos seus interesses, face à aptidão dos sinistros em apreço para pôr em causa os fundamentos da sua existência. Na verdade, a cláusula impugnada alargava excessivamente o círculo de sujeitos cujas condutas eram relevantes, já que, ao tempo da contratação, o segurado não lograva antever todos os sujeitos com que poderia vir a partilhar a casa – podendo, vg., vir a ter outros adultos maiores a seu cargo.

¹⁴⁸⁵ O argumento da proporcionalidade foi esgrimido *contra os próprios regimes legais* das *Obliegenheiten* e da causação do sinistro tal como os recortava a anterior versão da VVG, com especial vigor, por CLAUS-WILHELM CANARIS, "Vertstöße...", cit., pp. 1003-1004, considerando que a lei violava, com a disposição que previa a exoneração total do segurador em caso de causação dolosa ou grosseiramente negligente, o princípio da proporcionalidade na sua vertente de princípio da proibição do excesso, já que a cominação de tal consequência seria uma restrição desproporcionada aos direitos ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2, I, GG) e à propriedade (ar. 14., I, GG) – neste último caso, tendo em vista o facto de o segurado ter feito o sacrifício financeiro do desembolso dos prémios para ter acesso à cobertura. Lembre-se que o autor, para além de impor ao legislador a proibição de compressão excessiva dos direitos fundamentais, lhe assena ainda a missão da protecção dos direitos fundamentais perante os ataques interprivados, sob pena de igual violação do princípio da proporcionalidade, desta feita na vertente de proibição do defeito. Esta violação da proporcionalidade acontecia, porém, para o autor, apenas nos casos em que a ocorrência do sinistro tivesse sido *provocada com negligência grosseira e estivesse associada a danos ruinosos ou catastróficos*, no sentido, se bem concretizamos o pensamento do autor, de poderem causar a ruína financeira do segurado – pense-se no caso em que, com negligência grosseira, o segurado atíça fogo à sua casa e quinta. Diferentemente, no caso de o montante dos danos ser normal, estaria já legitimado o funcionamento do § 61 e do *Alles-oder-Nichts-Prinzip*, dadas as legítimas finalidades preventivas que este prosseguia, em protecção também da própria mutualidade de segurados. O escopo do contrato de seguro seria também proteger o segurado face aos danos causados por sua própria intervenção, e protegê-lo face os factos que ameaçavam a ruína económica. Como tal, ameaçando o § 61, na parte em que recusava a prestação em caso de negligência grosseira, o sentido e fim do contrato, deveria tal contradição ser sanada por interpretação correctiva do preceito, à luz do princípio da proporcionalidade e da mobilização do parâmetro da proibição do abuso do direito (§ 242). Assim, nos casos de negligência grosseira, dever-se-ia proceder à mera redução da prestação, sem privar o segurado do acesso à prestação, tendo tal redução por orientação a preservação da finalidade de prevenção (esta seria suficientemente servida com a perda de apenas parte da prestação). No caso de causação dolosa, deveria haver também ponderação – aqui, fazendo entrar não considerações preventivas, mas considerações de causalidade, devendo a prestação ser afastada apenas na medida em que os danos tivessem resultado da conduta dolosa. O autor não indica expressamente se tal apenas vale também para os casos de sinistros ruinosos; do encadeamento do seu discurso parece resultar que sim. Caso estas disposições fossem de fonte contratual, e não legal, seriam travadas pelo então § 9, II, 2, AGBG (acenando, porém, o autor às dificuldades que aqui traria a proibição da redução sanadora da invalidade, e parecendo apontar para uma solução de invalidade total da cláusula).

Damos conta deste juízo, sem que, porém, possa ter para nós préstimo directo: não reputamos, no tocante à solidariedade entre hipótese e estatuição, de inconstitucionais os regimes legais de sancionamento do incumprimento destas exigências de conduta, situando-se o nosso juízo no plano da analogia entre estes regimes e os criados por contrato. E, nesta sede, não procede o argumento da ameaça de ruína económica do segurado, nos termos em que pode ser dirigido ao legislador.

esferas de risco contratuais – se o *incumprimento apenas agrava o dever de prestar da contraparte em certa medida, pôr em causa por completo este dever apenas se justifica a título de sanção*. Aqui, é de convocar o juízo legal atinente à delimitação destas esferas recíprocas, determinando que *só no caso de incumprimento doloso se poderá retirar consequências do incumprimento que transcendam os danos causados à contraparte*, não convocando uma "causalidade de preenchimento" da responsabilidade; e que só nos casos de dolo agravado se poderá prescindir da própria causação de consequências desfavoráveis na esfera alheia.

No tocante a exigências de conduta destinadas à *prevenção directa de um sinistro* (vg., exigindo a apresentação junto de um médico no caso da ocorrência de determinados sintomas de doença) ou ao *controlo das suas consequências* (vg., exigindo, no seguro contra furto ou roubo, a entrega de lista indicando os bens roubados à polícia), os testes de causalidade a operar são análogos aos que vimos acima. No primeiro caso, o teste é o da causação do próprio sinistro (numa "causalidade de fundamentação" translata) e, no segundo, é o da causalidade face às suas consequências (numa "causalidade de preenchimento" translata).

Tal alerta-nos desde logo para o *alcance gravoso da previsão de medidas atinentes à prevenção directa de um sinistro*: caso o incumprimento delas seja concausal da ocorrência do sinistro, o segurado ficará, num sistema de tudo-ou-nada como o nosso, desprovido das possibilidades de ponderação atinentes a um sistema de quotas de culpa, vendo-se despojado da cobertura. Como tal, terá que ser ponderado o grau de ameaça à cobertura que assim se coloca, tendo em atenção, no plano dos interesses do segurador, o impacto sobre o risco seguro que uma conduta daquele género tipicamente exprime, e, em contrapólo, atentando no grau de exigência do cumprimento para o segurado, face ao seu nível de especificidade da conduta devida e à sua dificuldade.

Em qualquer um destes casos, vale a distribuição do ónus da prova dita acima, com destaque para o facto de caber ao segurador o ónus da prova da causalidade entre o facto e o dano. Trata-se na verdade de factos situados na esfera de controlo do segurado, face a cuja recolha este estaria numa posição privilegiada. Não parece, porém, que – sempre em termos gerais – se deva admitir aqui a atribuição, por via do contrato, do ónus da prova da causalidade ao segurado. O argumento não será o da proibição absoluta da modificação das regras de distribuição do ónus da prova (art. 21.º, g), do RJCCG), já que, face a estas exigências sem contraponto directo

legal, não se poderia partir de um juízo claro de distribuição de tal ónus à partida. Mais probante parece ser o argumento material de que tal oneração do segurado implicaria, sobretudo no caso das exigências de *prevenção directa do sinistro*, aptas a pôr em causa a totalidade da cobertura, afiar mais ainda – para usar a metáfora de RAAPE – o fio à lâmina já de si incisiva colocada nas mãos do segurador. O argumento de se tratar então da prova de facto negativo – da não causalidade – não poderia já ser aqui esgrimido de plano, dado que a razão da dificuldade da prova de factos negativos – a grande extensão do objecto da prova – não procederia necessariamente face à especificidade da exigência de conduta, a poder implicar apenas a refutação de uma cadeia estreita de eficácia causal¹⁴⁸⁶. O segurador poderá ser, porém, ser auxiliado quer com aligeiramentos probatórios, quer através da cooperação processual do segurado na produção de prova, quer, no limite, através da inversão do ónus por inviabilização culposa de um meio de prova. Por sua vez, o segurado poderá responder com prova da ocorrência dos pressupostos da figura do comportamento lícito alternativo.

Num grupo diferente estão as cláusulas que valorem condutas a cumprir previamente ao sinistro e que se *destinam ao controlo de que o risco a garantir mantém as características necessárias à inserção numa determinada classe estatística, sem que tais condutas se inscrevam num quadro de prevenção directa de um sinistro cuja ocorrência se tenha tornado provável*. Pense-se na omissão do porte de carta de condução num seguro de acidentes, na aquisição de hábitos tabágicos após a contratação de um seguro de saúde, ou no facto de se passar usar a casa indicada como residência habitual, no seguro de recheio, como residência ocasional. Neste caso, estamos perante o *delicado intercruzamento entre o relevo das circunstâncias individuais do segurado* – a concitarem uma análise concreta do impacto destas condutas na ocorrência do sinistro – e o seu *relevo enquanto meras notas caracterizadoras de um risco para efeitos da sua inscrição numa determinada classe estatística* – a postular a sua verificação em termos binários, sem modulações de causalidade. Delicada é também a sua separação face às exigências de prevenção

¹⁴⁸⁶ GIANLUCA BALDASSARE DI BLASI, *Onere della prova*, 2013, disponível em <http://archivia.unict.it/handle/10761/1477> (consultado pela última vez a 08.07.2015), p. 58, refutando os argumentos da maior dificuldade probatória quanto a factos negativos especificados e delimitados "negative determinate". É quanto aos factos não delimitados – vg., cobrindo grandes áreas de tempo e de espaço – que se põe a questão ("negative indeterminate").

directa propriamente dita do sinistro, face às quais relevam as circunstâncias concretas do segurado, tendo aqui relevo a prova da causalidade (vg., o facto de a exigência de conduta violada não visar prevenir aquele tipo de dano).

Parece-nos que a directriz adequada à avaliação deste tipo de cláusulas é a que provém do *regime legal dos agravamentos do risco*, que cura da manutenção do sinalagma. Não se trata, porém, agora de valorar deveres de comunicação, mas directamente *os comportamentos face ao risco que o tornam mais gravoso, sem que estejam em conexão com a ocorrência de um sinistro*. Dificilmente fará aqui sentido falar de dolo por contraposição à negligência. Assim, a culpa não é um dado relevante – como não o é face aos agravamentos do risco em si, mas apenas face ao dever de comunicação. A proporcionalidade vem aqui garantida através do *controlo da causalidade*, a que o regime dos agravamentos do risco não exige as consequências de exoneração ou redução da prestação, exigindo que o agravamento tenha tido influência sobre o sinistro ou sobre as suas consequências. Tal aponta, pois, para a adopção de conduta diversa da contratualmente prevista de um modo individualizado, e não enquanto mera nota de classificação estatística.

Uma *nuance* deve ser estabelecida, neste conjunto, face a exigências de conduta que não sejam aptas a *aumentar concretamente* o risco – vg. porte de carta de condução – o teste da causalidade deverá ser reduzido a um conteúdo mínimo, ou mesmo, *devidamente cumpridas as exigências de transparência que se colocam, desaparecer*. No dito teste mínimo, apenas se negará a causalidade quando o agravamento do risco gerado pela violação da exigência de conduta não tenha tido qualquer significado para o sinistro, por exemplo porque este representa um evento inevitável¹⁴⁸⁷.

No que toca às consequências jurídicas, deverá ser tida por desadequada em geral uma consequência que transcenda a redução da prestação na proporção entre os prémios pagos e os devidos nos termos das práticas do segurador. Aqui, porém, estando em causa *um conjunto delimitado no contrato de condutas específicas* – e

¹⁴⁸⁷ JÜRGEN PRÖLSS, "Künftige...", cit., p. 474. Na jurisprudência, veja-se o ac. do BGH de 01 de Março de 1972, Az.: IV ZR 107/70, ponto V, louvando-se na jurisprudência sobre exigência da condução na posse da devida licença (no caso, tratava-se, diferentemente, da condução do veículo num uso diferente do declarado - para transporte de mercadorias à distância, ao invés de apenas num âmbito de proximidade). Contra o tribunal *a quo*, o BGH considerou que não havia que indagar do concreto agravamento do risco causado com a violação. Havia apenas que considerar se a exigência de conduta em causa se apoiava em dados estatísticos para dar por provado o agravamento do risco; como tal, para afirmar o nexo de imputação, o teste era negativo: só se rejeitava a imputação quando o sinistro fosse inevitável.

não já a valoração de todo e qualquer agravamento –, se deverá admitir a demonstração por parte do segurador de que, *no tocante àquele tipo de coberturas*, não cobre riscos com as características resultantes do agravamento.

Face à delimitação e especificidade das condutas relevantes, bem como ao facto de estas *desempenharem um papel de descrição do próprio risco aceite e mutualizado*, pode admitir-se que o ónus da prova da (ausência de) causalidade, nas limitadas fronteiras em que proceda, seja posto a cargo do segurado. Poderemos aqui invocar certa analogia relativamente às situações descritas em geral em que o devedor garante ao credor o cumprimento de certos standards de segurança – cabendo-lhe, em caso de prova de dano e de violação da exigência de conduta, fazer a prova exoneratória.

B. Os problemas da qualificação: descrição do risco, exclusões do risco e exigências de conduta ligadas ao risco

Como vimos já, da qualificação da cláusula como simples exclusão de risco decorre que a verificação do facto em causa tem directamente por consequência a não aquisição do direito à prestação seguradora. Com efeito, ao contrário do que acontece em relação às exigências de conduta ligadas ao risco, a lei não fornece ao intérprete pontos cardeais que imponham à partida uma limitação *ao regime das exclusões do risco*, atendo-se à regulação das coberturas proibidas – os riscos inseguráveis por motivos de ordem pública – e à regulação da causação dolosa do sinistro. Este configura uma hipótese de exclusão de risco associada a conduta do segurado; trata-se, porém, de um caso extremo, do qual não se retiram facilmente argumentos que se possam verter sobre outras hipóteses. Como tal, *não há, pelo menos, à partida, limites para o modo de fazer relevar os factores de exclusão do risco: a sua invocação não está dependente da prova de factores de culpa ou de causalidade face ao sinistro*.

Por outro lado, qualquer cláusula que assente na imposição de uma exigência de conduta ao segurado *pode ser redigida tanto ao modo de uma exclusão do risco, como ao modo de um dever de conduta*¹⁴⁸⁸. É, pois, bom de ver o problema que se

¹⁴⁸⁸ A possibilidade de conformação formal da cláusula ao modo de uma *Obliegenheit*, exclusão objectiva do risco ou alargamento do regime da causação culposa do sinistro é enfaticamente ilustrada em ERICH PRÖLSS, "Bedingung – Obliegenheit – subjektive Risikobeschränkung – objektive Risikobeschränkung", *JRPV*, 12, 1933, pp. 181-184, p. 182, falando da possibilidade de

coloca aqui: sendo, ao menos, formalmente, tanto viável uma, como outra configuração, é certo que *ao predisponente é muito mais conveniente uma delas*. Com efeito, recortando a cláusula ao modo de uma exclusão do risco, *ao segurador bastará, pelo menos, prima facie, invocar a verificação do facto inscrito na sua hipótese, sem ter que provar outros pressupostos*.

O problema não se põe, pois, nos mesmos moldes nos ordenamentos que, não dispondo de uma norma geral de tutela do segurado face à previsão de deveres contratuais, dispõem de uma norma de tutela face à previsão de exclusões de risco. É, como vimos, o caso do ordenamento francês, que claramente faz assentar o eixo da vigilância do ordenamento sobre a previsão de exclusões do risco.

Nos ordenamentos que dispõem de uma norma barreira das disposições contratuais que associem a perda do direito à prestação a exigências de conduta impendendo sobre o tomador/segurado, o discurso gira em torno da "fraude" a esses preceitos. O debate tem sido aceso nos ordenamentos alemão e austríaco – inclusivamente, dado o facto de os preceitos relevantes brotarem em ambos os ordenamentos de um tronco comum, com um diálogo produtivo entre a doutrina de um e de outro. O debate polarizou-se na identificação de *aparentes exclusões de risco que correspondam, na verdade, à imposição de deveres de conduta, para cuja violação se cominaria, assim, a perda do direito à prestação – Obliegenheiten encapotadas ("verhüllte Obliegenheiten")*¹⁴⁸⁹. Trata-se, pois, de uma discussão *cujos sentido útil está na busca de um critério material de identificação das Obliegenheiten perante as meras exclusões de risco*. Daremos conta do seu estado actual, não sem antes lançar brevemente um olhar ao ordenamento belga.

Com efeito, igual ardor seria de esperar da doutrina e jurisprudência belgas,

vestir todos os *Tatbestände* relevantes em direito dos seguros de qualquer dos modos – mesmo uma cláusula de delimitação geográfica do risco, em geral pacificamente qualificada como exclusão objectiva do risco, poderia ser formulada ao modo de uma *Obliegenheit*; mais recentemente, MANFRED WANDT, *VVG* § 28, cit., nm. 52.

¹⁴⁸⁹ O fenómeno tinha já mobilizado o interesse prático e dogmático ainda antes de REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., p. 241, ter justaposto a ideia de embaçamento ao conceito de *Obliegenheit*, colocando em circulação o termo referido em texto. Cuidadosa atenção ao fenómeno é devotada já por WILHELM KISCH, *Handbuch...II*, cit., pp. 586 e ss., ERICH PRÖLSS, "Bedingung...", cit. e HANS MÖLLER, "Die Rechtsnatur der Führerscheinklausel", *JRPV*, 4, 1934, pp. 49-52, ambos *passim*, de que daremos nota abaixo, bem como por ALBERT EHRENZWEIG, *Versicherungsvertragsrecht I...* cit., pp. 321 e ss., que, porém, fala a este propósito – num colocar de tónica na consequência jurídica e não no seu pressuposto de actuação, a lembrar a lei belga – de "verhüllte Verwirkungsabrede". Por sua vez, o tratamento jurisprudencial é anterior a estes posicionamentos dogmáticos – é em comentário à, e diálogo com a, jurisprudência dos tribunais alemães e austríacos que se desenvolvem os escritos de Prölss e Möller que vimos de citar, e para os quais remetemos quanto à jurisprudência do início do séc. XX relevante na matéria.

atenta a existência do anterior art. 11. da LCA, actual 65. da LA. O parâmetro de que se lança mão para a distinção corresponde ao entendimento tradicional da doutrina e consta ainda da exposição de motivos da LCA de 1992: haverá "déchéance" e não exclusão quando a consequência imposta pela cláusula *visé sancionar o incumprimento de obrigações que o contrato imponha ao sujeito*¹⁴⁹⁰. Dito isto, fica na verdade por explicitar quando tal acontece. Ora, nem a doutrina tem geralmente avançado critérios materiais para concretizar este parâmetro¹⁴⁹¹ – alguma dela aceitando simplesmente a qualificação operada pelo próprio contrato¹⁴⁹² – nem a jurisprudência se tem geralmente aventurado na requalificação de cláusulas quando o contrato claramente as qualifique (geralmente, como exclusões), apenas tendo como hipóteses de *déchéance* as cláusulas que deixem margem para ambiguidade quanto à sua qualificação¹⁴⁹³. Uma aproximação a

¹⁴⁹⁰ Cfr., por todos, com citação da tratadística belga clássica, CATHERINE PARIS/JEAN-LUC FAGNART, "Actualités...", cit., p. 71.

¹⁴⁹¹ Assim, se Marcel Fontaine (MARCEL FONTAINE, "Déchéances...", cit., pp. 66 e ss. e MARCEL FONTAINE, *Droit...2010*, cit., pp. 248-249 e 259 e ss.) começa por contrapor a "déchéance" às exclusões e os riscos situados fora do perímetro do risco primário – a primeira é uma situação de perda do direito por efeito da violação de uma obrigação (o sinistro estaria à partida coberto, mas o segurado perde o direito em razão do seu comportamento), ao passo que as segundas retratam verdadeiras situações de ausência do direito, atinentes a eventos situados fora da cobertura – e se reconhece que a distinção entre as diferentes estruturas nem sempre se releva, na prática, fácil, é certo que não se aventura muito mais do que isto na sua concretização. A par do reconhecimento de que a liberdade contratual é o princípio informador nesta sede, o autor afirma que este não se exerce sem limites, já que não pode servir para defraudar normas imperativas. O modo como o autor concretiza estes limites mostra-se, porém, bastante moderado: o que está aqui a final em causa é a não contravenção a regimes imperativos expressos e particularizados, e não o apelo à ponderação global que subjaz aos juízos de desnaturação, ou sequer a proposta de um critério ao modo do alemão, de identificação das "verhüllte Obliegenheiten", ou inglês, de separação entre "warranties" e "exclusions". Isto torna-se visível quando o autor especifica as restrições que aqui se colocam à autonomia privada. Para o que aqui releva, o autor considera que o contrato não pode prever uma exoneração convencional para iludir um regime legal – ou seja, não pode substituir um regime legalmente fixado de consequências jurídicas para a violação de certo dever por um regime convencional que preveja outras, o que é ilustrado com a hipótese de previsão de um regime convencional de consequências para o incumprimento do dever de declaração inicial do risco. O autor remete ainda para a legislação sobre cláusulas abusivas, que impõe ulteriores limites nesta sede. O critério da identificação de exclusões ou imposição de deveres de conduta parece, pois, ser o do contrato, possivelmente tomado na sua literalidade. Por sua vez, HÉLÈNE DE RODE, *Le contrat...*, cit., p. 110, se bem que admita o papel correctivo que a jurisprudência deve assumir nesta sede – criticando o ac. de Anvers, de 26 de Junho de 2002, que aceitou a qualificação como exclusão de uma cláusula que excluía a cobertura de furto de veículo deixado em lugar público sem que as portas estivessem fechadas à chave ou quando as chaves fossem deixadas dentro do ou em cima do veículo, e considerando que aí havia a violação de uma obrigação de protecção imposta pelo contrato –, não propõe um critério geral de amparo de tal juízo.

¹⁴⁹² CATHERINE PARIS/JEAN-LUC FAGNART, "Actualités...", cit., pp. 84-86.

¹⁴⁹³ Sublinhando que a jurisprudência se tem limitado a aceitar a qualificação contratual, o que não é de todo favorável aos segurados, BERNARD DUBUISSON, "Actualités...", cit., p. 168 – dando o autor conta de que, não obstante, a Cassação não se mostra avessa à requalificação (p. 179). Para um exemplo da pura aceitação da qualificação efectuada pelo contrato, desde que esta seja clara, cfr. o referido ac. de Anvers, de 2002; para um exemplo da qualificação como "déchéance" do regime

critérios de recorte do objecto da norma é feita por DUBUISSON. O autor lembra que, à luz do ordenamento belga, em sede contratual, a fraude à lei não é geralmente ilegal, excepto em caso de abuso do direito ou quando sejam prejudicados direitos de terceiro. Ainda assim, considera que, sob pena de despojar os segurados da protecção que por via desta norma se quis garantir, permitindo a estipulação de cláusulas com a estrutura das *warranties*, criticadas mesmo no ordenamento de origem, há que encontrar critérios materiais para delimitação do âmbito em que vale a prescrição legal imperativa, ou que reforçar as possibilidades de controlo das cláusulas por outras vias – referindo-se o autor especificamente ao controlo da contratação por cláusulas contratuais gerais. Sem chegar a fornecer critérios peremptórios para tal identificação, o autor parece considerar que o âmbito do dito actual art. 65. se reporta à imposição de deveres de prevenção a cumprir antes do sinistro, cujo cumprimento era tradicionalmente sancionado com a perda do direito à prestação¹⁴⁹⁴.

A questão vem, como dizíamos, mobilizando amplo debate na esfera germânica – debate este que se encontra aliás por encerrar, constituindo, nas palavras de WANDT, "eines der schwierigsten, noch nicht befriedigend gelösten Problemfelder des Versicherungsvertragsrechts"¹⁴⁹⁵. Bem se vê a dificuldade aqui colocada – não só, como começámos por salientar, dada a perfeita reversibilidade da redacção das cláusulas para acomodar uma figura ou outra, mas também porque, como cedo salientou PRÖLSS, poucos factos podem ser tidos como puramente objectivos, subjazendo um comportamento humano à generalidade dos acontecimentos¹⁴⁹⁶.

previsto numa cláusula que deixava margem à ambiguidade quanto à sua qualificação, cfr. a decisão do tribunal de recurso de Gand, de 15 de Fevereiro de 2007, que qualificou como exoneratória uma cláusula nos termos da qual, caso não fosse certificada, no prazo de três meses contados da entrada em vigor do contrato, a instalação eléctrica existente, não se cobririam os danos causados por incêndio – citados, juntamente com outra jurisprudência, em HÉLÈNE DE RODE, *Le contrat...*, cit., pp. 109-110. A jurisprudência torna-se, assim, errática, em várias sedes aqui implicadas – quando está em causa a cobertura dos danos causados em estado de intoxicação etílica (HÉLÈNE DE RODE, *Le contrat...*, cit., pp. 110-111; JEAN-MARC BINON, "Actualités...", cit., pp. 406-408); quando estão em causa cláusulas do seguro contra furto ou roubo, que se reportam ao deixar o veículo em local público com as chaves no interior, ao encerramento do objecto em causa num cofre, à gravação dos vidros do veículo (BERNARD DUBUISSON, "Actualités...", cit., pp. 168 e ss., falando a propósito de uma verdadeira cacofonia jurisprudencial)

¹⁴⁹⁴ BERNARD DUBUISSON, "Actualités...", cit., pp. 150-152 e 168 e ss., sublinhado tais indicações em informação prestada verbalmente.

¹⁴⁹⁵ MANFRED WANDT, *VVG* § 28, cit., nm. 46 e 63.

¹⁴⁹⁶ ERICH PRÖLSS, "Bedingung...", cit., p. 184.

Trata-se aqui de critérios que orientam um *procedimento de requalificação das cláusulas*, sob a invocação de que o *escopo de protecção do § 28 seria de outro modo defraudado*, reconduzindo tais cláusulas aos contornos das posições jurídicas que são objecto da norma-filtro. Encontramos tanto critérios que se estribam na identificação de uma natureza jurídica própria das *Obliegenheiten*, de acordo, portanto, com parâmetros independentes do concreto contrato, como, de modo actualmente *dominante na jurisprudência*, um *critério de interpretação da cláusula em apreço, enquanto sede ampla de passagem e refracção de juízos de vária índole*¹⁴⁹⁷. Atenta-se aqui no sentido não só decorrente do que *um tomador médio, sem conhecimentos especiais de Direito dos seguros e perante o concreto contrato extrairia do sentido da cláusula*. Não é isenta de crítica tal aposta nas potencialidades de interpretação quando está em causa a potencial camuflagem de uma figura jurídica sob a capa de outra: na maior parte das vezes, a interpretação à luz do horizonte do destinatário seria aqui improdutiva. E, quando fosse conclusiva, estaríamos antes perante uma aplicação de critérios análogos aos da regra da *falsa demonstratio non nocet*¹⁴⁹⁸. Assim, em complemento àquele juízo, mobiliza-se, numa *óptica objectiva, o escopo de protecção do § 28, numa óptica de protecção dos interesses do tomador à luz do sentido e finalidade da cláusula*¹⁴⁹⁹.

São aqui tidos em conta critérios não só atinentes à letra ou lugar sistemático da disposição, como, *decisivamente, atinentes ao seu conteúdo material*. De outro modo, colocar-se-ia inteiramente nas mãos do predisponente-segurador a possibilidade de opção sistemática pelo regime mais favorável – o da delimitação primária do risco, juntamos – evitando a aplicação do regime das *Obliegenheiten*¹⁵⁰⁰. É através deste filtro que releva o *critério da conduta: se o cerne da cláusula está na referência à conduta de um sujeito ligado ao contrato – e*

¹⁴⁹⁷ Na doutrina, segue-a, por exemplo, MANFRED WANDT, *VVG § 28*, cit., nm. 69-70.

¹⁴⁹⁸ HELMUT HEISS, "§ 28", cit., nm. 21.

¹⁴⁹⁹ Assim, reiterando a jurisprudência constante, o ac. do BGH de 18.06.2008, IV ZR 87/07. HELMUT HEISS, "§ 28", cit., nm. 21.

¹⁵⁰⁰ Cfr. ROBERT KOCH, "Abschied... ", cit., pp. 544; que tal é jurisprudência constante, afirma-o já o Ac do BGH de 13.12.1978, IV ZR 177/77, nm. 27 (enfático já antes, vg., o ac. do BGH de 20 de Junho de 1973, IV ZR 52/72 (KG), II; cfr., também quanto ao que diremos de seguida, a argumentação ao longo das décadas repetida, que o Ac. do BGH de 24.05.2000, IV ZR 186/99 reafirma nas suas conclusões: "Für die Unterscheidung von Risikobegrenzung und verhüllter Obliegenheit kommt es darauf an, ob die Klausel eine individualisierende Beschreibung eines bestimmten Wagnisses enthält, für das der Versicherer VersSchutz gewähren will, oder ob sie in erster Linie ein bestimmtes Verhalten des VersNehmers fordert, von dem es abhängt, ob er einen zugesagten VersSchutz behält oder verliert. Wird von vorneherein nur ausschnittsweise Deckung gewährt und nicht ein gegebener VersSchutz wegen nachlässigen Verhaltens wieder entzogen, handelt es sich um eine Risikobegrenzung".

não a um facto objectivo ou de terceiro cuja actuação não seja imputável àqueles –, a cláusula configurará à partida uma *Obliegenheit*. A favor desta qualificação milita a referência esgotante a alternativas de conduta, ou a um parâmetro de cuidado na actuação do segurado, ou o facto de se tratar de uma conduta tipicamente minoradora do risco em face do tipo de seguro em causa, estando em causa o extirpar da cobertura de um risco nela à partida incluído. Contra tal qualificação milita, diferentemente, o retirar-se, segundo os ditos critérios interpretativos, da previsão contratual a intenção do segurador de excluir principalmente tal circunstância do risco coberto – o que se ilustra com a referência às hipóteses em que a circunstância corresponderia a facto ilícito, ou de difícil prova. A jurisprudência baseia-se, em tal interpretação, na assunção de que o tomador pondera tais características materiais subjacentes ao seguro – o facto de a cláusula assentar na cobertura à partida do risco, de dever vir associada a um juízo de culpa, a sua dificuldade de prova ou o seu equilíbrio face aos prémios cobrados.

Não se esconde a grande flutuação e incerteza que rodeia a qualificação operada nestes termos¹⁵⁰¹⁻¹⁵⁰².

¹⁵⁰¹ HELMUT HEISS, "§ 28", cit., nm. 22-23; MANFRED WANDT, *VVG § 28*, cit., nm. 56-59. Merece relevo a jurisprudência do BGH que, sensível ao argumento já há muito apontado, segundo o qual à maioria das circunstâncias aptas a interferir com o risco subjaz, num momento mais ou menos afastado da cadeia causal, uma conduta do segurado, o cumulou já de algumas restrições. Assim, considera-se *ser aí decisivo saber se a conduta do segurado é aquilo que, à face da previsão, se encontra em primeiro plano, ou se tal conduta cede na verdade o passo a certos pressupostos objectivos, como a delimitação geográfica ou o estado dos bens seguros*: trata-se aqui de um critério de conexão directa ou apenas indirecta da previsão a uma conduta. Ilustrativa das dificuldades associadas à concretização deste critério parece-nos ser a sua convocação para interpretação de cláusula muito similar usada na cobertura do risco de furto ou roubo nos casos de seguro de recheio e usada num seguro contra risco de furto ou roubo, estando em causa valores monetários. Trata-se, relativamente ao caso em que se cura de valores monetários, de cláusula que prevê que apenas há lugar à cobertura do risco quando aqueles sejam mantidos num local fechado, oferecendo elevada segurança e que não possa ser ele próprio ser sonegado. No caso do seguro de recheio em que estão em causa jóias, determina-se que apenas há lugar à cobertura do risco de furto ou roubo *relativamente a jóias que não estejam a uso* quando estas sejam mantidas num idêntico local fechado, oferecendo elevada segurança e que não possa ele próprio ser sonegado. Ora, ao passo que no primeiro caso o BGH conclui por uma qualificação da cláusula como exclusão, neste último caso considera, por confronto exactamente com a factualidade do primeiro, que se está perante uma *Obliegenheit* (encapotada).

No primeiro caso, a protecção seguradora é garantida quando certas precauções de depósito são observadas. No caso das jóias, a diferença está (como pudemos acima realçar) em que a protecção é *garantida mesmo quando aquelas estão a uso*, valendo a referida exigência de conduta apenas quando as mesmas não estejam a uso. O tribunal procede à interpretação teleológica da cláusula, considerando que se trata aqui de garantir a cobertura quando as jóias estão a uso, mas que por tal uso não se pode entender o porte constante das jóias – não se poderá entender que se impõe aqui ao segurado o encerramento das jóias de cada vez que as aparta do corpo (vg., durante a noite). Assim, o próprio conceito de não uso vs. uso das jóias deve ser teleologicamente interpretado neste contexto, já que aquele par tem aqui o sentido de determinar, respectivamente, quando se impõe ou não se impõe que as jóias sejam encerradas – o que se deveria determinar de acordo com a conduta que

adoptaria um segurado cuidadoso e experiente, face ao tipo de risco segurado. Assim se desvenda o conteúdo da cláusula, que afinal mais não encerra do que um dever de cuidado e, assim, em primeiro plano, uma conduta, configurando, como tal, a imposição de uma *Obliegenheit* (ac. do BGH de 20 de Junho de 1973, IV ZR 52/72 (KG), partes II e III. Assim, cobrindo-se o risco de roubo ou furto, o segurado deveria encerrar as jóias caso se ausentasse de casa, mas não já, como na factualidade analisada, encerrá-las encontrando-se em casa e no mesmo aposento que as jóias. No caso referido em segundo lugar (Ac. do BGH de 26 de Abril de 1972, IV ZR 19/71), o BGH admite tratar-se de uma hipótese de fronteira. Não se poderia, como se via já pelo regime da causação do sinistro, pacificamente qualificado como exclusão subjectiva do risco, retirar de toda a hipótese normativa assente numa conduta uma *Obliegenheit*. Trata-se aqui de saber se, não obstante o estado de coisas descrito na cláusula pressupor uma acção, esta se reporta principalmente a um comportamento determinado do tomador ou então se dirige a descrever a coisa segura. Ora, o BGH toma em consideração que, nos seguros contra furto ou roubo, a delimitação do risco coberto assenta antes de mais na descrição do local segurado, *vindo a descrição de um modo especial de depósito inscrever-se ainda na caracterização de tal local*: trata-se sobretudo da descrição de um determinado estado de coisas em que a coisa segura se deve encontrar para que seja protegida contra furtos. O BGH reconhece que à consecução de tal estado subjaz uma actuação do tomador, tratando-se de um caso de fronteira; os argumentos que acaba por considerar decisivos *são argumentos de determinação da alocação equilibrada do risco à face do contrato em causa: o risco de furto de dinheiro apenas é suportável para o segurador quando se exija para o depósito contentores com qualidades, quando não idênticas, pelo menos similares às de um cofre*. Na verdade, *face a este contrato, a cobertura do risco de furto ou roubo de dinheiro poderia estar totalmente excluída à partida sem que o seguro perdesse a totalidade do seu valor* (veja-se a parte III do acórdão). Assim, o BGH considera que, neste caso, há um recorte prévio de certas circunstâncias em relação ao risco coberto – ao contrário de outros casos, como os de seguros de jóias, em que, sempre segundo o tribunal, há em primeiro lugar a cobertura dos riscos em causa, que apenas é arredada quando não se cumparam certos requisitos. Em suma, no caso, trata-se de uma nota material do recorte do risco, atinente à descrição da coisa a que se reporta o seguro, perdendo importância a conduta do segurado.

Na verdade, *face a este contrato, a cobertura do risco de furto ou roubo de dinheiro poderia estar totalmente excluída à partida sem que o seguro perdesse a totalidade do seu valor*. Assim, o BGH considera que, neste caso, há um recorte prévio de certas circunstâncias em relação ao risco coberto – ao contrário de outros casos, como os de seguros de jóias, em que, sempre segundo o tribunal, há em primeiro lugar a cobertura dos riscos em causa, que apenas é arredada quando não se cumparam certos requisitos. Em suma, no caso, trata-se de uma nota material do recorte do risco, atinente à descrição da coisa a que se reporta o seguro, perdendo importância a conduta do segurado.

Mais recentemente, idêntica oscilação qualificatória é patente face às cláusulas de aptidão do barco a navegar, no seguro de transporte, que reproduzem o anterior § 132 VVG. Inicialmente, eram havidas por exclusões objectivas do risco, entendendo o BGH simplesmente que a cláusula se ligava ao estado do navio como tal, e não directamente a uma determinada conduta do segurado (ac. do BGH de 11.02.1985, II ZR 290/83, ponto 2). O tribunal não deixa de assinalar, porém, que mais adequado seria não retirar consequências de tal estado em si, mas deste apenas quando fosse causado por culpa do segurado. Não se estranha, pois, que o *révirement* que viria a ocorrer em 2000, passando o BGH a sustentar a natureza de *Obliegenheit* da cláusula (Ac. do BGH de 24.05.2000, IV ZR 186/99, ponto 1; a sua jurisprudência foi mais recentemente retomada pelo ac. do BGH, de 18.05.2011, IV ZR 165/09, ponto 2.d). Nesta jurisprudência, assenta-se em que, para determinar a natureza de exclusão de risco ou *Obliegenheit* da cláusula, tudo está em saber como a deveria interpretar um tomador medianamente diligente do círculo de destinatários das condições seguradoras em apreço, mediante apreciação informada, inspecção atenta e consideração do contexto reconhecível: se veria na descrição em causa o retirar à partida de determinadas circunstâncias do âmbito da cobertura, ou se nela veria antes a imposição de uma conduta, que deveria ser adoptada para manutenção da cobertura. Ora, face à cláusula em apreço, considera-se que o sentido que dela retiraria um tomador médio seria *o de se prever aqui uma determinada conduta preventiva e minoradora do risco, da qual dependia a manutenção ou perda da cobertura*. Como tal, tratava-se aqui da imposição de uma *Obliegenheit*, de cujo não acatamento apenas se poderia retirar consequências nos termos do anterior § 6 da VVG. Ao retomar esta jurisprudência, o BGH reforçou-a com algo que nos parece sintomático do ponto de vista aqui em causa: a verificação do estado de aptidão à navegação, necessário à manutenção da cobertura, reporta-se a falhas que se situam na esfera de responsabilidade do tomador-segurado.

Ilustrativo é também o ac. do BGH de 13.12.1978, IV ZR 177/77, que se louva na jurisprudência que

A par desta visão do critério de classificação, subsistem ainda tentativas de construção de critérios *a priori* de identificação do que seja uma *Obliegenheit*. Perimidadas mostram-se já as teses extremas inicialmente defendidas, que se polarizavam ora num puro critério de previsão de um comportamento ("Verhaltenstheorie")¹⁵⁰³, ora assentavam no abdicar da busca de um critério

abordámos. Estava em causa uma cláusula nos termos da qual, para o que aqui interessa, entre as 6 e as 22 horas, caso o veículo fosse estacionado em local não vigiado, o risco de furto estaria apenas coberto quando as bagagens se encontrassem na mala fechada do veículo. Dadas as evoluções sofridas na configuração dos carros entre o momento da predisposição da dita cláusula e o da celebração do contrato, o BGH considera que, face a veículos cuja mala fosse acessível a partir do habitáculo – como era o caso –, o que se exigia era que não houvesse estacionamento em zona não vigiada, ou, havendo-o, não fossem então as malas deixadas no veículo. O raciocínio de concretização do parâmetro do carácter cimeiro da conduta do segurado é o seguinte: nos termos da delimitação primária do risco talhada pela apólice, garantia-se em primeira linha cobertura abrangente face às bagagens do segurado; esta cobertura valia à partida também quando a mala do veículo não se encontrasse trancada. Assim, o que bulia com a cobertura era *uma específica actividade do segurado – o estacionar do carro num local não vigiado* –, que por sua vez lhe impunha a conduta de levar consigo as bagagens.

¹⁵⁰² Exemplos de cláusulas de seguros de saúde e de acidentes tidas como exclusões do risco são as que se seguem. Assim, (MANFRED WANDT, *VVG* § 28, cit., nm. 62) considerou-se que as cláusulas que negavam a cobertura face a acidentes ou perturbações decorrentes do abuso de álcool correspondiam a cláusulas de exclusão de risco, já que a contenção do consumo de álcool não vinha entendida como medida de boa administração do risco transferido, mas sim como a exclusão objectiva de tais factos da cobertura do risco. O mesmo se considerou face a cláusulas que garantiam a cobertura apenas quando o sujeito recorresse a um médico estabelecido e licenciado, aqui com a argumentação de que não se deveria entender que a cobertura existia em primeira linha independentemente do prestador em causa, para depois a fazer cair por facto atinente a esse mesmo prestador. Mais lógico era entender excluída a cobertura *ab initio*. Como também se entende ser esta a qualificação da cláusula que sujeita à aprovação do segurador a cobertura das despesas atinentes a estadias em instituições que, a par de tratamentos necessários à cura, praticem abordagens integradas – como estâncias termais, vg. Considera-se ser aqui transparente o interesse do segurador em não ser accionado face a despesas das quais apenas se comprometeu a cobrir parte. E considerou-se também não ser uma *Obliegenheit*, mas sim um pressuposto do direito, em face do seguro de acidentes pessoais, que a invalidez fosse não só medicamente certificada dentro de um certo prazo, como ocorresse dentro de um outro prazo contratualmente estabelecido. Opostamente, considerou-se prever uma *Obliegenheit* a cláusula do seguro de acidentes que requeria a invocação tempestiva de uma pretensão a indemnização provisória. Considera-se que a cláusula se reporta aqui a uma conduta do segurado – que, embora em si não fosse relevante face ao risco, se assemelhava a outros deveres de notificação ou comprovação (MANFRED WANDT, *VVG* § 28, cit., nm. 64)

¹⁵⁰³ Trata-se da teoria emergida na jurisprudência do *Reichsgericht* dos anos vinte, e sucessivamente lapidada pela doutrina – sobretudo, a partir do artigo de Möller atinente à cláusula de carta de condução. Para HANS MÖLLER, "Die Rechtsnatur...", cit., pp. 50-51, o critério da identificação das *Obliegenheiten* seria *o da imposição de uma conduta no próprio interesse*. O facto de o acatamento de tal conduta vir condicionar o direito à prestação não militava contra, mas antes a favor, da qualificação da cláusula como criando uma *Obliegenheit* – que, recorde-se, na linha já de Bruck, Möller concebe como um pressuposto do direito do segurado. Tudo estaria em saber se a cláusula em questão assentava na imposição de uma conduta ao segurado. Assim, cláusulas como a de carta de condução, segundo a qual, nos seguros automóveis, a protecção seguradora apenas é garantida quando o condutor autorizado do veículo aquando da ocorrência do sinistro tenha a carta de condução necessária à condução do veículo ou do segurado o pudesse desculpavelmente supor, pertencem ao género das previsões de *Obliegenheiten*, e não das exclusões. Na verdade, a cláusula reporta-se a um comportamento do tomador, impondo-lhe uma omissão: *deve omitir a condução sem carta de condução, por si próprio ou por terceiro*. O autor argumenta ainda, a partir dos termos da cláusula, que esta não é uma exclusão já que *não se trata de excluir danos causados por certas fontes de risco* – no caso, pela falta de carta de condução. Com o que o autor parece construir o nexo

material de distinção entre exclusões de risco e *Obliegenheiten*, acabando assim por admitir que o segurador pode livremente configurar um cláusula segundo um ou outro dos moldes¹⁵⁰⁴. Outras propostas de feição menos extremada que na doutrina se fizeram ouvir partem em grande medida da proposta de BISCHOFF, que defende que, no caso das *Obliegenheiten*, se trata de uma exigência de cuidado para com os bens seguros como se se não estivesse segurado, ao passo que, em sede de exclusões de risco, se trata de arredar a cobertura face a uma conduta que mesmo um sujeito

causal entre fenómeno excluído e dano como conatural ao funcionamento das cláusulas de exclusão.
¹⁵⁰⁴ É o critério defendido por ERICH PRÖLSS, "Bedingung...", cit., p. 182. O autor começa por assentar em que a liberdade contratual permite a livre delimitação objectiva do risco. E, face a estas cláusulas, não vale a alegação de que a conduta que preencheu o Tatbestand não foi culposa – tal é irrelevante. Outro pressuposto para as conclusões a que o autor chega é considerar que não é viável uma distinção material entre exclusões e *Obliegenheiten*: poucos factos poderiam ser tidos como puramente objectivos, subjazendo um comportamento humano à generalidade dos acontecimentos. Ora, não se podendo considerar que o legislador tinha querido, com os §§ 6, 25 ou 32, obrigar o segurador a responder ilimitadamente, sem poder limitar o risco que acolhia na sua esfera tinha que se afirmar nesta sede a liberdade do segurador de talhar exclusões ao risco que suporta. O papel destes parágrafos não poderia ser o de inibir tal limitação. O seu papel apenas poderia ser o de limitar os efeitos das alterações da intensidade do risco ocorridas dentro das fronteiras do risco acolhido na esfera do segurador (no que o autor critica ERNST BRUCK, "Die versicherungsrechtliche Obliegenheit", *ZVersWiss*, 1926, pp. 180-211, p. 194, quando o autor afirma que a exclusão do risco demarca o risco do segurador a partir de fora, excluindo riscos à partida previsíveis da responsabilidade do segurador, enquanto que as *Obliegenheiten* o demarcam a partir de dentro, proibindo uma pioria imprevisível do estado de risco existente aquando da conclusão do contrato acaba por usar idêntica metáfora). O limite a tal seria o de a cláusula configurar um mero modo de contornar a aplicação dos preceitos em causa – aí, deveria ser tida por nula por violação de preceito imperativo (ERICH PRÖLSS, "Bedingung...", cit., p. 184). As cláusulas que conduziram a este resultado seriam as que *dispusessem de plano que a responsabilidade do segurador cessaria, ou que este seria exonerado, em caso de agravamento do risco subsequente à celebração do contrato, já que estas não deixariam espaço disponível à intervenção dos §§ 6, 25 ou 32, privando-os completamente do seu conteúdo*. Mais correctamente, a cláusula deveria ser requalificada como encerrando uma *Obliegenheit*, sendo então denunciada a sua incompatibilidade com os §§ em causa. De acordo com este critério, seria, pela sua generalidade, inválida uma cláusula do seguro contra furto ou roubo como a que condicionava o dever de indemnizar ao facto de as instalações seguradas serem providas de dispositivos de segurança, sendo estes últimos mantidos em bom estado e permanentemente accionados.

Pelo contrário, seriam compatíveis com este normativo, *não constituindo já fraude a estes preceitos, as cláusulas de exclusão do risco que, desde o início e sem ambiguidade, se reportassem a um risco singular, ou a certos danos dele advenientes*. À luz deste critério, o autor considera lícita a cláusula frequente no seguro de furto e de jóias nos termos da qual a obrigação do segurador se encontra condicionada ao facto de os objectos seguros serem cuidadosamente custodiados e tratados/manuseados e, quando não estiverem a uso, serem guardados em sítio fechado à chave. A custódia e tratamento cuidadosos implicam que, no caso de as jóias serem guardadas em gavetas ou locais similares, estas se encontrem, por sua vez, de tal modo guardadas em sítio fechado à chave que se garanta uma elevada segurança também face à sua subtracção. Uma solução nesta linha parece ser a final rejeitada por WILHELM KISCH, *Handbuch...II*, cit., pp. 591-592, quando o autor considera os riscos da concessão de total liberdade de conformação do contrato ao segurador. O perigo de fraude aos preceitos sobre agravamento do risco e causação dolosa do sinistro estaria no facto de o segurador precisar apenas, face a um seguro de determinada espécie, de, de acordo com a espécie de seguro em causa e a sua experiência na matéria, individualizar as circunstâncias aí tipicamente agravantes do risco, preferencialmente de modo esgotante, e fazer da sua verificação um pressuposto negativo da prestação. O autor termina, porém, o excursus sem oferecer um critério para a identificação das hipóteses de fraude à lei.

não segurado adoptaria¹⁵⁰⁵. Entronca aqui, por exemplo, a proposta de MARTIN, segundo a qual, no caso de *Obliegenheiten*, a cláusula se reporta a condutas relativas ao risco que em geral eram de esperar cuidadosas – já que então seria esse o dado valorado pelo segurador na construção do clausulado e, por outro lado, seriam de ter por culposas as condutas desconformes com esse parâmetro¹⁵⁰⁶. E dialoga com estas também a tese de (Jürgen) PRÖLSS, segundo a qual estaríamos perante uma *Obliegenheit* quando o tomador estivesse facticamente perante uma alternativa em termos de conduta, perante a qual a adopção do comportamento que assegurasse um grau de segurança mais elevado estaria incluída na cobertura¹⁵⁰⁷.

Estas teses acabam, a final, por não se apartar muito nos seus resultados da tese da interpretação do contrato, já que se reconduzem aos critérios que são centralmente tidos em conta na interpretação do contrato. A grande clivagem está na resposta a dar aos casos em que o segurador exclui inequivocamente um determinado comportamento da cobertura, tornando ainda claro ao tomador que, para efeitos da não cobertura, é irrelevante a actuação culposa ou a causalidade.

¹⁵⁰⁵ É a proposta de HARALD BISCHOFF, "Versichertes...", cit., pp. 802-803. São *Obliegenheiten* as exigências de conduta que se prendem com o facto de a gestão do risco pelo segurado atingir a esfera do segurador, impondo-lhe que se comporte com o cuidado que teria se não estivesse segurado, e impondo-lhe, além disso, deveres de informação face ao segurador. As dificuldades de distinção prendem-se com as exigências do primeiro conjunto, havendo que atentar na exigência de um comportamento cuidadoso. Com efeito, já face às exclusões de risco estaria em causa a referência de plano a um comportamento *que um sujeito razoável, apesar da possibilidade de um dano, não omitiria necessariamente ainda que não estivesse segurado*. Assim, seria *Obliegenheit* a cláusula que fizesse depender a cobertura do facto de o manuseamento de materiais explosivos ocorrer nos termos das prescrições de segurança regulamentares, já que aqui estaria em causa uma conduta de gestão do risco nos termos do cuidado que teria um sujeito não segurado; e seria, opostamente, exclusão do risco a cláusula que se limitasse a recusar a cobertura em caso de sinistro causado pelo manuseamento de materiais explosivos – já que um sujeito não segurado não deixaria de levar a cabo essa conduta (manuseamento de explosivos), apenas o fazendo com o devido cuidado. A pura omissão do comportamento, mesmo cuidadoso, não poderia ser legitimamente esperada do segurado; ao prevê-la, o segurador estava simplesmente a excluir a cobertura do risco em causa. Apesar de a interferência na esfera do segurado parecer maior no segundo caso, do que se tratava era da conformação legítima dos limites da cobertura pelo segurador, sendo aí decisiva a transparência quanto ao que reentrava na cobertura – o que melhor se coadunava com o facto de não se reportar a exclusão ao parâmetro indeterminado do cuidado.

¹⁵⁰⁶ ANTON MARTIN, *Sachversicherungsrecht...* cit., p. 1015: pelo contrário, quando fosse de contar com uma conduta geralmente pouco cuidadosa face aos bens em causa, o facto de esta pôr em causa a cobertura enquadrar-se-ia numa exclusão do risco.

¹⁵⁰⁷ JÜRGEN PRÖLSS, "§ 6", cit., pp. 171-173. De acordo com este critério, são *Obliegenheiten* todos os comportamentos ligados à segurança que se dirijam contra perigos exteriores (como prescrições de custódia e depósitos), ou todas as circunstâncias ligadas ao local ou tempo a que se reporte o seguro, quando esteja em causa uma conduta incrementadora da segurança. Na linha da proposta de Martin, o autor considera que a exigência de culpa e causalidade que pautava o regime das *Obliegenheiten* pressupunha que fosse tipicamente possível ao onerado evitar a situação excluída. Pelo contrário, teríamos uma exclusão quando uma actividade fosse retirada da cobertura sem se atender às concretas circunstâncias exteriores complementares ou ao modo da sua execução.

Aqui, mesmo que se dê a primazia, em sede de interpretação, ao conteúdo material da cláusula, não se logrará vir em auxílio do segurado, já que tal conteúdo se extrai a partir do conjunto dos materiais interpretativos. Outra resposta equivaleria a retirar ao segurador a possibilidade de licitamente conformar o produto que coloca no mercado.

Fica ainda por responder a questão de saber como se articula este debate com o regime de tutela face à contratação com recurso a cláusulas contratuais gerais – o que, num sistema jurídico cujos vários estratos são tão sensíveis à imbricação entre esta técnica de contratação e o contrato de seguro, não poderia deixar de ser equacionado. Tal *articulação foi, não obstante, maioritariamente ignorada pela jurisprudência* – resultado cuja estranheza é explicada pelo facto de o mero recurso ao anterior § 6 permitir já dar resposta cabal à protecção dos interesses do segurado. Com efeito, face às exigências de conduta a cumprir antes do sinistro, o segurador apenas se poderia prevalecer da exoneração caso exercesse o seu direito à resolução do contrato no prazo de um mês a contar da violação da exigência de conduta em causa (§ 6, I, *in fine*); como geralmente a questão apenas se suscitava aquando do sinistro, por ser então que o segurador pretendia prevalecer-se da exoneração, esta possibilidade encontrava-se então já precluída¹⁵⁰⁸. Desaparecido este requisito ao exercício dos direitos em causa, a interferência do regime das ccg vem-se manifestando *com crescente insistência, afirmando-se a jusante da questão qualificatória*.

Em primeiro lugar, da parte de quem, como WANDT defende a prevalência de um critério interpretativo. Para obviar a delimitações desequilibradas do risco que resultassem de uma qualificação inequívoca da cláusula como exclusão, o autor admite a intervenção correctiva do regime das ccg¹⁵⁰⁹. Relevantemente, é também convocada esta articulação a propósito do *comando da transparência*, já que uma cláusula a que seria aplicável um regime contendo certas defesas para o afectado é travestida de cláusula que concita outro regime que as não contém¹⁵¹⁰. Daqui resultaria, em desafio àquele comando, um desfavorecimento desproporcionado do

¹⁵⁰⁸ Assim, ROBERT KOCH, "Abschied...", cit., p. 552, dando conta de que o mesmo vale face ao actual § 6 da VVG austríaca.

¹⁵⁰⁹ MANFRED WANDT, *VVG § 28*, cit., nm. 70.

¹⁵¹⁰ Neste sentido, HELMUT HEISS, "§ 28", cit., nm. 31, entendendo que, no caso de o tomador-segurado identificar a cláusula como realidade enquadrável no § 28, estar-se-á na verdade perante um dos casos de falsa *demonstratio non nocet*, e, vincadamente, ROBERT KOCH, "Abschied...", cit., pp. 548-549.

tomador. E, ainda que assim não fosse, bastaria para merecer tal reprovação o facto de o segurador, podendo optar por uma conformação contratual mais perscrutável – o que deveria ser claro para o segurador, ao menos, desde que a questão do encapotamento das *Obliegenheiten* se tinha tornado objecto da jurisprudência –, ter optado por uma mais opaca. A cláusula seria então ineficaz, por violação do § 307, I, 2. Esta questão só se coloca, porém, claro, uma vez estabelecida a sua qualificação.

Esses argumentos não podem ser linearmente transpostos para um ordenamento como o nosso. Não podemos falar de uma requalificação à luz de uma norma defraudada, porque esta não se encontra inscrita na lei. Nem vale o mesmo tipo de invocação da falta de transparência dos clausulados, já que não há obnubilação de um regime jurídico aplicável através da qualificação noutros termos, pelo simples motivo de não existir um regime jurídico previamente aplicável.

Por outro lado, as exclusões do risco são em si conteudisticamente fiscalizáveis à luz do diploma sobre cláusulas contratuais gerais. Aliás, como referimos, no tocante à aplicação do RJCCG ao âmbito segurador, o parâmetro geral do controlo conteudístico, atinente ao desequilíbrio entre as prestações atentatório da boa fé, tem sido sobretudo actuado a propósito das cláusulas de delimitação do risco seguro. Do que se trata é de saber *em que termos se deve transpor as valorações feitas acima para fiscalizar ao carácter inequitativo de exclusões do risco que comportem analogia com essas hipóteses*.

A questão não se coloca face aos deveres de informação, já que aí está inequivocamente em causa a valoração de uma conduta dirigida ao segurador, e não o recorte de um limite material do risco coberto. Tão-pouco se coloca face à exclusão da cobertura de sinistros causados por facto doloso ou meramente culposos, onde procede por inteiro tudo quanto dissemos acima. De resto, face a exclusões do risco cuja *fattispecie* seja idêntica a alguma das exigências de conduta relativa ao risco especificamente reguladas na lei, o juízo não pode deixar de se alinhar pelos parâmetros legais. Assim, face a uma exclusão da cobertura das consequências do sinistro causadas por falta de diligência do segurado na sua contenção, teríamos que convocar os parâmetros do regime do salvamento.

Onde a questão se coloca é face às exigências de condutas de prevenção ou mitigação não reguladas por contrato. Ora, aqui, parece-nos que o parâmetro

decisivo é o da interpretação do contrato, na linha da jurisprudência e doutrina alemãs, para determinar se aquilo em que se assenta é na valoração de uma conduta do segurado. Não parece que se coloque a dificuldade levantada por WANDT quando o contrato claramente pretenda qualificar a cláusula como exclusão: não se trata aqui de uma questão de qualificação da cláusula, mas sim da determinação do desafio por esta do equilíbrio entre as posições das partes no contrato. Assim, mesmo quando o contrato recorte uma exclusão do risco, esta deverá ser cotejada, na apreciação do seu carácter abusivo, com a distribuição dos riscos pressuposta no modelo legal. Assim, quando a exclusão se reportar a uma actuação de conteúdo indeterminado, não poderá prescindir da valoração da culpa no seu não acatamento, como não poderá prescindir da referência à causalidade.

Mais delicado é o caso face a uma exclusão referida a conduta que tenha como sentido claro a prevenção do sinistro – vg., referindo-se ao uso de certo sistema de fecho da porta da casa, à instalação de um sistema de alarme, à frequência de consultas de rotina – ou a mitigação das consequências do risco. Sem prejuízo de a ponderação das várias circunstâncias – com destaque para a transparência do clausulado e a capacidade de compreensão do tomador – poder fundar juízo diverso, ficará indiciado o desequilíbrio da previsão quando não permita sequer a prova exoneratória da falta de causalidade – ao menos, ao modo da invocação da figura do comportamento lícito alternativo – entre a não adopção de tal conduta e a consequência desfavorável produzida na esfera do segurador.

C. A consequência jurídica

Ao contrário do que acontece em sede de controlo da inclusão, a consequência jurídica é aqui a da *nulidade da cláusula*, em consonância com as regras de controlo da compatibilidade do conteúdo dos negócios jurídicos com regras imperativas. Uma segunda diferença face àquele regime é a dos efeitos de tal nulidade das cláusulas inquinadas sobre o todo do contrato. Aqui, é atribuída ao aderente a faculdade de optar pela manutenção do contrato na parte não viciada (art. 13.º, n.º 1), com vigência, tal como acima, na parte afectada, das normas supletivas ou do que resultar da integração do contrato (n.º 2). O regime da redução dos negócios jurídicos vale, porém, nas hipóteses em que tal faculdade não seja exercida, ou, sendo-o, conduza a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé

(art. 14.º).

Quando seja a própria exigência de conduta a colidir com a ordem jurídica, esta será nula, valendo em seu lugar o que resultar do direito supletivo ou da integração do negócio¹⁵¹¹. Assim, no caso da previsão no contrato de seguro de saúde de um dever de comunicação do agravamento do risco ligado à generalidade das alterações do estado de saúde da pessoa segura, a cláusula será nula, valendo em seu lugar o regime supletivo – que dita liminarmente que esse dever não deve valer em relação aos seguros em causa. Já a previsão, em sede de seguro de acidentes, de um exigência de sujeição a todos os tratamentos medicamente úteis à minoração do dano, sob pena de perda da cobertura, colidiria directamente com o direito semi-imperativo plasmado no regime do salvamento, valendo directamente este último em seu lugar.

A questão é – novamente – mais melindrosa relativamente a outras exigências de conduta face às quais não exista regime supletivo. Aí, na falta de possibilidades de concretização da vontade hipotética das partes face ao ponto expurgado, tenderá a valer o regime da redução do negócio jurídico. Ora, perante este, o contrato deve pura e simplesmente valer com expurgação da cláusula afectada¹⁵¹² – a isso conduz a integração da vontade hipotética do segurador pelo comando da boa fé, ditando que este apenas possa obstar à redução quando daí resultar um desequilíbrio das prestações atentatório da boa fé. Um entendimento diverso, correspondente à insubsistência do todo do contrato, seria aqui muito lesivo para os interesses do segurado, e muito protectorio dos do segurador. Não podendo o contrato valer sem a cláusula nula, o segurador eximir-se-ia à cobertura do sinistro afectado pela violação da exigência de conduta, *perdendo o regime das ccg o seu efeito dissuasor*.

Destas hipóteses separa-se um segundo grupo.

Quer se trate da previsão de um *onus sujeito a requisitos demasiado latos para retirar consequências do respectivo incumprimento* – suficiência de culpa ligeira, irrelevância da causalidade –, quer se trate de uma *exclusão da cobertura que, operando sem tais requisitos, se mostre inadmissível*, coloca-se a questão de saber como aplicar as consequências decorrentes de tal colisão. Com efeito, *não é, nestes casos, a totalidade da cláusula que ofende os comandos da ordem jurídica*,

¹⁵¹¹ CLAUS-WILHELM CANARIS, "Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen", cit., p. 555.

¹⁵¹² JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, "A interpretação...", cit., p. 140, dá conta de que é essa em geral a prática da nossa jurisprudência.

mas apenas a parte desta que conforma a consequência jurídica para dada exigência de conduta – este componente da cláusula não contende já, nestes casos, com os comandos do ordenamento. Não há, pois, dúvida quanto a que, na parte em que prevê determinado regime sancionatório inconciliável com os comandos da ordem jurídica, a cláusula é nula. Coloca-se, porém, a questão de saber qual o alcance desta consequência jurídica: deverá toda a cláusula ser desprovida dos seus efeitos? Ou deverá a cláusula ser mantida na parte não viciada, eventualmente integrada para que o seu regime possa vigorar?

Trata-se do problema da *redução conservadora da validade*, atinente ao *aproveitamento parcial da cláusula viciada, corrigida de modo a ser tornada compatível com o ordenamento jurídico*. *Prima facie*, erguer-se-iam diversas barreiras à aceitabilidade desta solução. Desde logo, o regime legal nacional ancorava-se na previsão da nulidade da cláusula – art. 12.º do RJCCG –, sem à partida abrir o flanco a uma invalidação meramente parcial. Acresce que o próprio TJUE afirmou, no ac. de 14 de Junho de 2012 (*Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*), que o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 não pode ser interpretado no sentido de permitir ao tribunal nacional, que constate a existência de uma cláusula abusiva num contrato celebrado entre um profissional e um consumidor, modificar o conteúdo da dita cláusula em vez de afastar simplesmente a sua aplicação relativamente ao consumidor¹⁵¹³. Tal decorre não só de argumentos literais – o art. 6.º, n.º 1, determina que os Estados devem estabelecer que as cláusulas abusivas *não vinculem* o consumidor e que contrato vale se puder subsistir sem tais cláusulas, não se atribuindo ao juiz nacional competência para manter as cláusulas através da sua modificação –, como de *argumentos teleológicos* – sendo possibilitada essa modificação das cláusulas de modo a permitir a sua conservação, eliminar-se-ia então *o efeito dissuasivo da utilização de ccg abusivas* que com a Directiva se pretende, conforme os respectivos art. 7.º, n.º 1, à luz do considerando 24.º. Assim, segundo o TJUE, a consequência da detecção das cláusulas abusivas deve ser a de que "contrato deve subsistir, em princípio, sem nenhuma modificação a não ser a resultante da supressão das cláusulas abusivas, na medida em que, em conformidade com as regras de direito interno, a subsistência do contrato seja juridicamente

¹⁵¹³ Ac. de 14 de Junho de 2012 (*Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*), nm. 58 e ss., com conclusão no n.º 71.

possível"¹⁵¹⁴.

A questão que se coloca perante esta jurisprudência é a de saber se, perante ela, resta ainda margem para a integração negocial, ou se mesmo esta se deve entender inadmissível. Lembre-se, de todo o modo, que tal limitação só vale dentro do âmbito de aplicação da Directiva – ou seja, apenas nos contratos entre consumidores e empresários¹⁵¹⁵.

Dialogando com o ordenamento alemão, tradicional interlocutor do português na matéria, encontramos uma discussão já estabelecida relativamente a esta questão da "geltungserhaltende Reduktion" – entendida como a reinterpretação de uma cláusula que de outro modo seria havida como ineficaz, através da qual o conteúdo da cláusula é reduzido na medida do necessário para poder afinal valer¹⁵¹⁶.

O expediente é tradicionalmente tido como não permitido. Primeiro, porque pressuporia uma vontade hipotética concordante das partes nesse sentido – o que tipicamente falta nestas hipóteses, já que o destinatário das cláusulas não se ocupa destas. Em segundo lugar, porque através deste expediente pôr-se-ia em causa o carácter dissuasor do regime das ccg, criando-se um risco de predisposição de cláusulas abusivas, contando-se com que estas valeriam na maior medida possível. Em terceiro lugar, porque não seria da competência dos tribunais, no interesse de uma das partes, retirar do contrato o sentido ainda lícito de uma das cláusulas¹⁵¹⁷.

Estes argumentos não passaram, porém, sem ser contrariados, salientando-se que a insistência numa invalidação total da cláusula e sua principal expurgação seria um ponto de partida demasiado severo face às legítimas necessidades de recurso a ccg em muitos sectores do tráfico jurídico negocial, que não se compreendia fora de um modelo massificado de actuação no mercado¹⁵¹⁸. Esta

¹⁵¹⁴ É uma linha argumentativa tida que não traz surpresa, dada a típica insistência do TJUE no efeito dissuasor do regime das ccg – cfr. o despacho do TJUE de 16 de Novembro de 2010, *Pohotovost' s. r. c. Iveta Korčková*, reafirmando a competência do juiz nacional para proceder à apreciação oficiosa do carácter abusivo das cláusulas, com invocação também do argumento do carácter dissuasor do regime – e a sua tradicional reserva face a limitações não escritas aos direitos dos consumidores. Para a invocação, na doutrina nacional, do argumento da dissuasão à face do próprio regime da tutela informativa, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Contratos de adesão...", cit., p. 752.

¹⁵¹⁵ THOMAS PFEIFFER, "EuGH: Verbot geltungserhaltender Reduktion und ergänzende Vertragsauslegung nach der EU- Klauselrichtlinie", *LMK*, 11, 2012, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 03.03.2015), ponto 3., b).

¹⁵¹⁶ THOMAS PFEIFFER, "EuGH: Verbot...", cit., ponto 1.

¹⁵¹⁷ MANFRED WOLF, "§ 307", cit., pp. 405-406; THOMAS PFEIFFER, "EuGH: Verbot...", cit., ponto 1; na doutrina nacional esta linha argumentativa é acompanhada por ALMENO DE SÁ, "Controlo...", cit., pp. 223-224 e JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, "A interpretação...", cit., pp. 150-151.

¹⁵¹⁸ CLAUS-WILHELM CANARIS, "Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen", cit., pp. 547-549.

severidade assentava numa incompreensão do que se devia entender por redução conservadora. Sendo esta entendida como uma manutenção do negócio na medida da licitude, deveria ser tida por ilegítima, sendo pertinentes os argumentos tradicionais. Não era este, porém, o seu sentido juridicamente prestável: do que se tratava era de manter a cláusula *na medida do adequado*¹⁵¹⁹. Ora, uma vez compreendida assim, a redução conservadora assomava como um *instrumento metodológico intercambiável com a integração complementadora*.

Entre estas duas frentes argumentativas, a doutrina mais recente tem-se fincado na *integração do contrato como metodologia para uma conciliação possível*. Esta surge destacada da redução conservadora da validade dada a sua ancoragem na vontade hipotética das partes: trata-se aqui da determinação do que ainda é adequado, à face da vontade hipotética das partes¹⁵²⁰. Ora, mesmo face à jurisprudência do TJUE, considera-se que permanece aberta esta possibilidade. Desde logo, porque se entende que *o ponto de partida da integração negocial é o da ineficácia total da cláusula*, tratando-se como tal aqui da permitida aplicação de preceitos legais a um programa negocial lacunoso. Pelo mesmo motivo, não se pode dizer que é posto em causa o efeito dissuasor do regime, já que não se trata simplesmente de manter a cláusula na parte não afectada. Considera-se ainda que, não distinguindo várias das ordens jurídicas comunitárias entre interpretação enunciativa e interpretação complementadora, não se pode entender que o acórdão em causa tenha vindo proscreever ambas¹⁵²¹.

É a senda assim aberta que tem sido explorada em sede seguradora. No contexto que analisamos, teríamos o problema de se tratar não da incompatibilidade *com os parâmetros de validade por parte da cláusula na sua totalidade*, mas por parte de um segmento não autonomizável daquela – o segmento que determina a consequência jurídica da não cobertura ou exoneração –, *deixando sobreviver um outro segmento cuja autonomia é também duvidosa – o correspondente à previsão*

¹⁵¹⁹ CLAUS-WILHELM CANARIS, "Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen", cit., pp. 549-551, salientando que esta conservação de acordo com o parâmetro do adequado seria a única via de dar tutela aos interesses legítimos do predisponente nas hipóteses em que estava em causa um problema de "excesso quantitativo" – cláusula penal ou prazo excessivo, vg. Para estas cláusulas de relevo quantitativo, não se encontraria um quadro supletivo disponível, pelo que estas tenderiam a cair por inteiro. Estas deveriam, pois, poder ser conservadas na medida do adequado.

¹⁵²⁰ THOMAS PFEIFFER, "EuGH: Verbot...", cit., ponto 1.

¹⁵²¹ THOMAS PFEIFFER, "EuGH: Verbot...", cit., ponto 2, acrescentando ainda que o parecer da Advogada Geral parece partir da distinção entre integração contratual e redução para manutenção da validade, citando doutrina (o próprio autor da anotação) nesse sentido.

*de uma exigência de conduta sem associar consequência jurídica específica à sua violação, apenas podendo esta, como tal, valer como norma imperfeita*¹⁵²².

Tal leva à rejeição da aplicação pura e simples, na parte viciada, de juízos análogos aos do § 28 VVG ou 101.º do RJCS. Desde logo, porque estas normas assentam sobre a previsão, pela cláusula contratual, de uma consequência jurídica de exoneração ou redução da prestação – e não sobre a mera previsão de uma exigência de conduta¹⁵²³. Por outro lado, porque – o que nos interessa agora sobretudo explorar – *é exactamente esse juízo de preservação de parte da cláusula, adaptando-a para a fazer valer na medida do possível, o que merece censura*. Assim, a metodologia não poderá assentar na manutenção da parte não viciada; *assenta antes em tomar como improdutiva toda a cláusula e, face à lacuna assim gerada, procurar uma regra substitutiva*. O ponto de partida é, pois, por um lado, o de que o contrato não pode manter-se sem a cláusula expurgada, por, à face do § 306, III – *mutatis mutandis*, à face do art. 14.º do RJCCG – ser tal inexigível ao segurador; e, por outro, para que se não proceda simplesmente à destruição do vínculo, que o tomador tenha interesse na sua manutenção.

Tal inexigibilidade, para o segurador, da manutenção do contrato, expurgado da cláusula, é posta em causa na medida em que o regime do contrato de seguro lhe ofereça outras vias de reagir à violação da exigência de conduta em causa: em particular, o regime do agravamento do risco e o da causação do sinistro. Quando estas hipóteses estivessem abertas ao segurador, não se lhe abriria a via da integração negocial, devendo o segurador valer-se daqueloutra¹⁵²⁴. Por outro lado, o

¹⁵²² Não parece, pois, que, para retirar estas hipóteses do âmbito de incidência do juízo de proibição de redução à parte que possa produzir efeitos, se possa afirmar que cada um destes segmentos constitui uma cláusula em si, à luz da interpretação autónoma que o conceito de cláusula ou parte de cláusula merece à luz do Direito europeu. Segundo THOMAS PFEIFFER, "A5. Richtlinie 93/13/EWG des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen", in *Das Recht der Europäischen Union, III, Sekundärrecht, A. Verbraucher und Datenschutzrecht*, MANFRED WOLF (coord.), C. H. Beck, Munique, 1999, anot. ao art. 6., nm. 9; THOMAS PFEIFFER, "EuGH: Verbot...", cit., ponto 3, d), deve entender-se, para efeitos da aplicação da Directiva sobre ccg, por cláusula cada parte linguística e conteudisticamente delimitável de um texto contratual. Tal possibilita, como tal, a identificação de diferentes cláusulas para estes efeitos nos diferentes segmentos do que se entenderia, numa óptica puramente formal, por cláusulas do contrato. Pelo que dizemos em texto, mostra-se duvidosa exactamente tal separabilidade material.

¹⁵²³ ROBERT KOCH, "Abschied...", cit., p. 556.

¹⁵²⁴ ROBERT KOCH, "Abschied...", cit., 558-561. Portanto, quando através do comportamento descrito na cláusula em causa a probabilidade de ocorrência do sinistro seja relevantemente aumentada, ou quando o standard de segurança existente aquando da conclusão do contrato seja significativamente rebaixado, de modo a que a ocorrência do sinistro passe então ao patamar das possibilidades a ter na prática imediatamente em consideração, deverá o segurador valer-se do regime da causação do sinistro – em geral, nos termos do § 81, ou, à face do seguro de

juízo atinente ao lado dos interesses do tomador deveria determinar se, da parte deste, haveria interesses dignos de protecção que obstassem à integração contratual – juízo para cuja densificação não relevava o mero incumprimento pelo tomador do comando de conduta previsto no contrato. Só no cruzamento destes dois vectores se encontra uma *lacuna contratual contrária ao plano (planwidrige Vertragslücke)*¹⁵²⁵.

O sentido não é aqui o de procurar uma manutenção de validade a todo o custo, mas antes o de buscar um equilíbrio entre os interesses de ambas. Mais concretamente, *trata-se de, de acordo com a boa fé, determinar o que as partes teriam acordado se tivessem conhecido a ineficácia da cláusula que decorre da lei*¹⁵²⁶. Ora, e aqui, em dúvida, deve assumir-se que as regras do § 28 corporizam aquilo que as partes teriam, em boa fé, pactuado, sabendo da ineficácia de tal cláusula. Diferentemente, não há qualquer lacuna contrária ao plano quando o segurador conhecesse já da inadmissibilidade da cláusula – o que acontece ou quando já tiver sido parte num processo em que se tenha reconhecido a tal cláusula natureza de *Obliegenheit* encapotada, ou quando tal for a jurisprudência dos tribunais superiores.

Tornemos agora ao Direito nacional. Perante as hipóteses em apreço, atinentes a cláusulas que prevêm exigências de conduta em si não desproporcionadas, vindo o juízo de desproporção do facto de se prescindir de culpa ou causalidade para retirar delas relevo, cremos que se deve separar.

Em primeiro lugar, está disponível ao intérprete o instrumento da interpretação *contra proferentem*, que, no nosso ordenamento, vale, em linha com o sistema da Directiva, em sede de controlo incidental. Ora, quando a cláusula omitir a referência aos pressupostos em causa, mas esta possa ainda, *à luz de uma interpretação conforme à boa fé, ser feita decorrer do contrato*, ficará por esta via salvaguardada a equação ajustada dos interesses¹⁵²⁷.

responsabilidade, uma vez preenchidos os pressupostos do § 103. E, por sua vez, quando for produzido um estado de risco de tal duração que se torne apto a constituir o fundamento de um novo processo natural de produção do dano e seja adequado a promover em geral a ocorrência do sinistro, deve o segurador fazer apelo ao regime do agravamento do risco. Estes regimes não são já, porém, aptos a abarcar a previsão de deveres de conduta que gerem agravamentos do risco de duração breve.

¹⁵²⁵ ROBERT KOCH, "Abschied... ", cit., 561-562.

¹⁵²⁶ ROBERT KOCH, "Abschied... ", cit., 562-563.

¹⁵²⁷ É assim, de resto, que a nossa jurisprudência vem procedendo, interpretando correctivamente as cláusulas do contrato para garantir a sua compatibilidade com a lei. Veja-se, neste sentido, o ac do STJ de 12.05.2002, Processo n.º 02B831: "[a] cláusula contratual especial que exclui das

Para lá deste ponto, devemos começar por reconhecer que o interesse do segurador na utilização de ccg merece aqui especial reconhecimento, dada a típica aplicação de técnicas de mutualização dos riscos, postulando a contratação massificada e padronizada. Por outro lado, reconhece-se, no nosso sistema jurídico, como comando de integração negocial, a boa fé, enquanto parâmetro que determina, ou, ao menos, que corrige a vontade hipotética das partes¹⁵²⁸. Parece-nos, pois, útil a metodologia que defende dever assentar-se na nulidade total da cláusula, dando lugar à integração da lacuna assim criada por mobilização do critério segregado pelo sistema jurídico para dar adequada tutela aos interesses em causa: mantendo a exigência de conduta, mas apenas permitindo que desta se retirem efeitos mediante verificação, nos termos vistos acima, de pressupostos de culpa e causalidade. É para

garantias do seguro os prejuízos causados por vício próprio, deterioração, insuficiência de isolamento, desarranjo eléctrico e/ou mecânico, excepto quando resulte de uma causa externa, *só pode ter um sentido que não esvazie a garantia do seguro pois de outra forma seria contrária à boa fé e, por isso, proibida por lei e, conseqüentemente, nula. Assim, na dúvida do que a seguradora e o segurado quiseram, vale o sentido mais favorável ao segurado*, ou seja, que apenas uma deterioração da mercadoria resultante das suas características intrínsecas, ou desarranjo eléctrico e/ou mecânico de aparelhos e equipamentos que constituam a mercadoria transportada, que não resulte de uma causa externa, é que afastam a garantia do seguro" (realçados nossos). No ordenamento alemão, vem-se considerando, diferentemente, que a abordagem na apreciação concreta é pouco dissuasora do uso de cláusulas que, ao menos em certa interpretação, passam ser muito gravosas para o segurado. Dever-se-ia, pois, testar o sentido mais desvantajoso, mesmo em sede concreta, e, apenas quando este não fosse problemático em sede de controlo de conteúdo, prosseguir com o mais vantajoso (PETER ULMER/CARSTEN SCHÄFER, "§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln", in *AGB Recht Kommentar.*, PETER ULMER/HANS E. BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN (coord.), Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2011, pp. 350-438, pp. 398-401). Cfr. JÜRGEN BASEDOW, "Transparenz...", cit., pp. 1047-1048, considerando que tal abordagem apenas é defensável à luz do princípio da liberdade de consagração de standards de protecção mais elevados. No entanto, uma hipótese como a referida em texto poderá não se apartar muito das hipóteses descritas por CLAUS-WILHELM CANARIS, "Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen", cit., p. 553, como de ilegitimidade da cassação total da cláusula a que faltem elementos que se possam ter por evidentes. Assim, uma cláusula de exclusão da responsabilidade que não refira a manutenção da responsabilidade em caso de dolo não deve ser tida à partida por inválida, devendo ter o regime legal aí (actual § 276, III, do BGB) função complementadora da declaração negocial, já que nenhum predisponente razoável a poderia querer excluir a responsabilidade nesse caso.

¹⁵²⁸ No primeiro caso, estará em causa uma vontade hipotética normativizada, reportando-se, na linha de KARL LARENZ/MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Verlag C.H. Beck, Munique, 2004, pp. 542-544, não àquilo que cada parte, em atenção aos seus interesses, teria provavelmente querido para a hipótese em causa, mas sim ao que ambas as partes, usando de "Denkweise" leis, teriam querido ou aceitado como um equilíbrio de interesses justo, caso tivessem pensado no ponto em causa. Entre nós, reportam-se a ela, vg., ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Parte geral, Tomo I..., 2005, cit., p. 777; ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA, "O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico – algumas reflexões", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, II, A Parte Geral do Código e a Teoria geral do Direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 367-392, pp. 372 e ss; JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, "A interpretação...", cit., pp. 138-141. No sentido da referência a uma vontade hipotética subjectiva – que, sendo depois de corrigida pelo parâmetro da boa fé, leva contudo a resultados similares aos que decorrem do entendimento anterior, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos...* cit., p. 52, em nota.

esta mesma via integrativa que aponta também já, de longa data, a doutrina nacional¹⁵²⁹⁻¹⁵³⁰.

¹⁵²⁹ Referimo-nos a ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Contratos de adesão...", cit., pp. 759-760, que, face à questão concreta de saber se uma cláusula proibida, por constituir cláusula de irresponsabilidade por dolo ou culpa grave (art. 18.º, als. c) e d)), poderá ser corrigida para se adequar à disciplina instituída por lei – *valendo como exclusão da responsabilidade do devedor apenas em caso de culpa leve* –, considera que se poderá, em certos casos, dar a tal uma resposta afirmativa, *exactamente à luz do art. 239.º do CC*, para evitar um *venire contra factum proprium* pelo credor.

¹⁵³⁰ Não nos parece procedente a crítica de MICHAEL STÜRNER, *Der Grundsatz...* cit., pp. 434-435, que assinala que as normas que estabelecem as sanções para a abusividade dos clausulados consubstanciam já uma tomada de posição do legislador quanto ao conflito dos princípios que aqui se coloca, entre o princípio da equivalência e o princípio da prevenção, e que, como tal, não há mais espaço para uma intervenção autónoma do princípio da proporcionalidade que funde a redução conservadora ou um expediente como o descrito em texto. Além do formalismo da argumentação – o texto da lei não impede o intérprete de questionar a procedência do fundamento na hipótese concreta, antes o impele a tal –, deve dizer-se que a nossa disposição, ao abrir o espaço à integração do negócio jurídico – o que o § 306 aliás não faz –, fornece exactamente margem para essa solução.

VI. As exigências de conduta ligadas ao risco: natureza jurídica

VI. 1. Introdução

Como pudemos ver, traço comum ao conjunto das ordens jurídicas que nos estão mais próximas é o de o não-cumprimento destas exigências de conduta determinar a perda ou redução da prestação seguradora. Com alguma simplificação da história das ideias que aqui se desenvolveu, podemos dizer que foi sobretudo esta característica que alimentou o debate em torno da natureza jurídica destes deveres.

Já do lugar sistemático onde inserimos este excuro decorre que não pretendemos dele uma solução conceptualista para a determinação do regime das exigências de conduta que nos ocuparam. Trata-se de figuras jurídicas que visam resolver problemas práticos, de alocação dos riscos contratuais no contrato de seguro, e que apenas confrontadas com essa problematicidade podem adquirir os seus contornos. Cairia pela base, pois, a metodologia que assentasse na determinação em abstracto da natureza jurídica destas posições, para de tal natureza fazer derivar dedutivamente o respectivo regime. A opção sistemática que fazemos traz consigo, é inegável, certo artificialismo – pois vamos agora questionar de raiz um regime que já pusemos em marcha. Não vemos, porém, outro modo de levar a cabo esta tentativa de redução da complexidade, num sistema jurídico que se entende aberto e problemático, senão da base para o topo.

O esforço que fazemos agora é, pois, o de alinhar a fenomenologia jurídica que se manifestou na análise dos regimes, perguntando, num esforço de integração sistemática, se há algum *quid* diferente do dever jurídico que permita enquadrar com mais rigor as posições jurídicas em causa. Cumpre perguntar *se há um critério a montante do reconhecimento de que certas consequências surgem associadas ao não cumprimento que permita à partida identificar um conjunto de posições jurídicas dotadas de certas características distintivas que expliquem porque a elas é mais adequada aquela consequência.*

Acompanharemos, a esse propósito, brevemente, os debates teóricos alemão e italiano a este propósito. Não só por se terem mostrado, na esfera que nos é mais próxima, os mais ricos a este respeito, como por terem sido os mais influentes em relação à doutrina portuguesa. Introdutoriamente, diga-se que o desenho das ideias

não seguiu, num quadrante e noutro, o mesmo padrão. Na Alemanha, a indagação em torno da existência de uma posição passiva distinta da obrigação que duradouramente reteve influência científica é sobretudo sectorial – desenvolve-se, no tocante às *Obliegenheiten*, sobretudo no campo dos seguros, passando num sistema de vasos comunicantes para o instituto da culpa do lesado; e, no tocante aos *Lasten*, desenvolve-se na doutrina processualística. São aqui escassas as obras que ensaiem uma teoria geral do ónus e que tenham ou possam vir a ter eco doutrinal de relevo. Em sede processualista, na construção dos *Lasten*, sobreleva o pensamento de GOLDSCHMIDT. No tocante às *Obliegenheiten*, em sede de culpa do lesado, a figura constrói-se predominantemente por referência à doutrina de REIMER SCHMIDT¹⁵³¹; e em sede seguradora, é tida como prevalente, na concepção das posições jurídicas em causa como algo diverso dos deveres jurídicos, a teoria do pressuposto, que se pode reconduzir a BRUCK. Esta divergência quanto à concepção acolhida nestes vários âmbitos espelha, na verdade, outra mais ampla: a resposta à questão do que seja uma *Obliegenheit*, enquanto figura geral, não encontrou ainda resposta maioritariamente reputada concludente¹⁵³².

Em face deste carácter fragmentário, compreende-se que, quando citamos as duas grandes correntes doutrinárias que, em matéria seguradora, se debateram em torno da qualificação das condutas exigidas ao segurado – teorias do pressuposto e teorias do dever jurídico –, não estamos a contrapor uma tese que afirme e outra que rejeite a pertinência do ónus enquanto figura jurídica autónoma. Estaremos, sim, a contrapor doutrinas que atribuíram uma natureza distinta da da obrigação às condutas "devidas" pelo segurado a outras doutrinas que, sem tomar posição em sede geral, consideram que se trata nesses casos de verdadeiras obrigações.

Exporemos, pois, em relação à doutrina alemã, as teorias que defenderam a existência de uma posição jurídica diversa da obrigação. Como as mais relevantes delas se teceram em torno destes deveres do segurado, explicaremos logo o seu alcance nesta sede. Para terminar, exporemos a crítica que lhes foi tecida –

¹⁵³¹ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., pp. 105..108 (na linha do trabalho prévio de Leonhard, que o autor cita) e DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., p. 195, apontando, porém, que com tal não se deixa claro em que resulte uma *Obliegenheit* para estes efeitos, e, na sua senda, NILS JANSEN, "§ 254. Mitverantwortlichkeit des Geschädigten", in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: allgemeiner Teil, 1. Teilband, §§ 241-304*, MATHIAS SCHMOECKEL/JOACHIM RÜCKERT/REINHARD ZIMMERMANN (coord.), Mohr Siebeck, Tübinga, 2007, pp. 655-714, pp. 695-697.

¹⁵³² DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., pp. 195 e ss.

especialmente pelas teorias do dever jurídico –, a qual, repetimos, é frequentemente uma crítica meramente sectorial, relativa à sua valia para a qualificação das figuras em causa.

No quadrante italiano, o impulso para o debate em torno do ónus – então recortados como "deveres livres" – é uma obra de filosofia do Direito, de carácter geral, da autoria de BRUNETTI. O pensamento de Brunetti será, juntamente com a concepção dos *Lasten* processuais de GOLDSCHMIDT, recebido na civilística italiana, sendo usado para moldar a figura do ónus com carácter geral. Não se estranha, pois, que aqui, como no Direito português, o termo ónus designe algo diverso do dever jurídico em sentido estrito. Este debate de escopo amplo prosseguirá no pensamento jurídico italiano ao longo do século XX. Assim, no Direito dos seguros, encontramos, aqui, diversamente do que ocorre na Alemanha, não propriamente um campo de fundação dogmática da figura que nos prende, mas um campo de recepção e debate, tanto das teses alemãs, através da doutrina seguradora germânica, como das teses na Itália debatidas em sede geral. Face a este quadrante, justifica-se, pois, um percurso pelas propostas mais gerais, seguido de outro pela doutrina seguradora.

A final, veremos como este magma ganhou forma nos moldes doutrinários nacionais e alinharemos também a nossa posição.

VI.2. O debate na esfera alemã

A referência à *Obliegenheit* – ou às suas declinações adjectivais ou verbais – é, nos textos legais alemães que precederam o início do debate doutrinário de que daremos conta, relativamente escassa e utilizada *em sinonímia* com o termo "obrigação", inclusivamente para intensificação do seu sentido¹⁵³³. Tão-pouco a regulação contratual do seguro predecessora da VVG de 1908 ou vigente no primeiro quartel do séc. XX que, predisposta pelo segurador, erguia um sem-número de "deveres de comportamento" contra o segurado, se servia comumente

¹⁵³³ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 113 e ss. Conforme a A. assinala, nas pp. 115 e ss., estão documentadas referências ao termo desde o séc. XVI. No entanto, a primeira regulação geral e sistemática do Direito dos seguros, levada a cabo pelo *Allgemeine Landrecht* prussiano de 1794 (antes deste, as regulações do seguro são atinentes ao direito marítimo, corporizando-se na regulação prussiana do direito marítimo de 1727 e na regulação da avaria e do seguro da cidade de Hamburgo, de 1731), é omissa de referência ao termo, conquanto este seja usado noutras partes do mesmo diploma.

do termo *Obliegenheit* – e, quando o fazia, não lhe atribuía relevo conteudístico específico ou diverso do correspondente à obrigação¹⁵³⁴. A figura da *Obliegenheit* concebida como uma posição passiva distinta da obrigação constitui, pois, uma criação doutrinal. E, diferentemente do que ocorre no plano do uso do termo na redacção de textos legais¹⁵³⁵, é no plano do direito dos seguros que a construção dogmática desponta.

§ 1. Teorias do pressuposto

Germinado já no projecto prussiano de Código comercial, de 1857, e nos trabalhos preparatórios do *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* de 1961¹⁵³⁶, brotou verdadeiramente na jurisprudência do *Reichsgericht* o entendimento que atribuiu às exigências de conduta que impendiam sobre o segurado natureza diferente de dever jurídico, cunhando-as como *meros pressupostos para a aquisição de um direito*. Paulatinamente recortada, esta compreensão viria a ter a sua expressão mais acabada na obra de BRUCK¹⁵³⁷, que passou doravante a ser tida como a referência e a sede da doutrina maioritária.

A concepção de que certas exigências de conduta do tomador constituíam mero pressuposto do seu direito à prestação seguradora é tida como sendo fundamentalmente uma criação jurisprudencial, advinda dos pronunciamentos do *Reichsgericht* no início do século XX relativamente à responsabilidade pelo incumprimento de "deveres" de notificação e informação relativamente ao sinistro¹⁵³⁸. A intencionalidade que presidiu a esta construção jurisprudencial foi a

¹⁵³⁴ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 117-119. ALBERT EHRENZWEIG, *Versicherungsvertragsrecht I...* cit., p. 279 (corrigindo neste ponto ERNST BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, cit., p. 276), dá notícia de que o termo foi pela primeira vez usado para referir certas obrigações do tomador de seguro no Feuer-V-Bank de Gotha, de 1820 (e não no *Allgemeiner Plan Hamburgischer Seeversicherungen*, de 1847).

¹⁵³⁵ Assim, SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 115 e ss.

¹⁵³⁶ Salienta estes antecedentes ERNST BRUCK, "Die versicherungsrechtliche Obliegenheit", cit., pp. 184-185. O projecto prussiano distinguia entre a verdadeira contraprestação a cargo do tomador, correspondente ao pagamento do prémio, e os demais deveres, que eram na verdade meras condições para aquele fazer valer o seu direito perante o segurador. A mesma linha de pensamento se verteu nos trabalhos da Nürnberger Kommission que antecedeu aquele Código, que salientou que o cumprimento daqueles outros deveres não podia ser coercivamente imposto pelo segurador, tendo este antes condicionado o seu dever a tais posições apenas com o escopo de delimitar o âmbito do risco transferido. Mais correctamente se deveria, pois, ainda segundo a Kommission, aqui falar de "Bedingungen der Police"; para evitar a confusão com a condição em sentido técnico, propõe-se o uso do termo "Zusage", que se poderá, neste contexto, possivelmente traduzir por promessa(s).

¹⁵³⁷ Já em ERNST BRUCK, "Die versicherungsrechtliche Obliegenheit", cit., pp. 190-194.

¹⁵³⁸ Assim, SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 154-160, sobretudo pp. 159-160, que

da protecção do segurado, num contexto em que a consequência assacada ao incumprimento por este dos deveres de conduta impostos pelo segurador era a perda total da prestação seguradora, por referência a um "Alles-oder-Nichts Prinzip" ainda não mitigado.

Com efeito, nesta jurisprudência originária, a preocupação central era o afastamento da responsabilidade do segurado pelos actos de terceiros que intervissem no cumprimento de "deveres" de informação a cargo do tomador. Obviava-se assim a que o incumprimento de um dever cujas consequências económicas para o segurador eram de pouca monta – ou mesmo nulas¹⁵³⁹ – pudesse comportar a perda total da contraprestação. Assim, configura-se os "deveres" em causa como *meros pressupostos*¹⁵⁴⁰ do direito à prestação e, *justamente por se negar que tenham natureza de dever jurídico*, rejeita-se aqui a aplicação do regime da responsabilidade por actos dos auxiliares no cumprimento (§ 278 BGB).

Não deixa de ser curiosa esta origem atinente a uma tutela da parte mais fraca mediante bloqueio do *Alles-oder-Nichts Prinzip*, se se pensar que este é a consequência natural destas teorias: a sua decorrência logicamente linear é exactamente a perda da contraprestação, por falta de um dos pressupostos da sua constituição¹⁵⁴¹. Mais ainda, considerando, como veremos, que a solução alcançada por esta jurisprudência seminal – rejeição da aplicação do § 278 BGB – é contrária à subscrita pelos representantes actuais da *Voraussetzungstheorie*¹⁵⁴².

Esta teoria teve, a partir dos anos 20 e 30, em BRUCK e em MÖLLER os seus mais destacados defensores¹⁵⁴³, passando – sobretudo a partir dos anos '30, e com o

aqui acompanhamos de perto, salientando também a importância do recurso do legislador da VVG de 1906 ao termo *Obliegenheit* para designar algumas das exigências de conduta dirigidas ao segurado.

¹⁵³⁹ Caso do ac. do Reichsgericht de 29 de Janeiro de 1909, em que estava em causa um atraso na notificação de um sinistro (morte) em caso de seguro de acidentes.

¹⁵⁴⁰ O acórdão que introduz a expressão "pressupostos" neste contexto é o ac. do Reichsgericht de 28 de Junho de 1904 (cit. ap. SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 156-157), relativo a um "dever" de informação na sequência de um sinistro de incêndio, incorrectamente cumprido pela mulher do segurado.

¹⁵⁴¹ JÜRGEN BASEDOW/TILL FOCK, "Rechtsvergleich", cit., pp. 78-79.

¹⁵⁴² SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 154-160, pp. 168-169.

¹⁵⁴³ O termo "pressuposto" foi também, no mesmo período, usado pela doutrina em relação aos ditos deveres de comportamento a cargo do tomador. Foi-o, porém, com alcance diverso do que a *Voraussetzungstheorie* veio a atribuir a tal categorização – assim, SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 143-144, dando conta desta evolução. Ehrenberg terá sido o primeiro autor, a fazê-lo, afirmando que se poderia contar o cumprimento dos deveres do tomador entre os pressupostos do dever de indemnização do segurador, mas sem ligar, porém, a esta afirmação qualquer das consequências a ela ligadas pela dita teoria. Behrend foi mais longe, considerando que o dever de declaração inicial do risco não era uma obrigação jurídica, sendo antes a sua observação

segundo dos autores – a acolher a consequência que inicialmente quis combater: a da responsabilidade do segurado por actos dos seus representantes no cumprimento dos "deveres" de conduta aqui em causa. Foi também a partir dos anos 30 que passou a ser tida como doutrina maioritária – embora os seus detractores afirmem que desde os anos '40 não mereceu uma genuína defesa conteudística, não sendo sequer legítimo considerá-la actualmente a posição dominante¹⁵⁴⁴.

Na formulação de BRUCK, esta teoria afirma que o cumprimento da *Obliegenheit* é um pressuposto para a consecução da prestação do segurador, na sua fundamentação ou montante, ou para uma actuação específica daquele. O comportamento implicado pelo cumprimento não constituiria um mero motivo da actuação do segurador não reconhecível para a contraparte, mas seria verdadeiramente *elevado a parte do conteúdo expresso do contrato* – sob pena de o segurador se não poder prevalecer de um eventual incumprimento. O facto de frequentemente se exigir a *actuação culposa para se extrair consequências do não cumprimento* não desmentiria esta qualificação, mas seria apenas *mais um elemento do pressuposto construído pelo legislador ou partes contratuais*¹⁵⁴⁵. Na verdade, as *Obliegenheiten* não poderiam constituir verdadeiros deveres jurídicos, já que ao seu incumprimento não corresponderiam as consequências típicas do incumprimento obrigacional – *maxime*, execução específica, direito de exigir judicialmente o cumprimento ou pedido indemnizatório –, uma vez que o segurador não teria nestas interesse¹⁵⁴⁶. Não havendo uma pretensão ao cumprimento das *Obliegenheiten*, estas seriam imprescritíveis¹⁵⁴⁷.

Segundo o A., esta tese encontraria o seu fundamento na especificidade da técnica seguradora, levada a cabo através da constituição de uma comunidade de

um requisito da conclusão do contrato, ou antes o seu não cumprimento um pressuposto do direito de resolução do segurador. Antes havia já sido defendida, em sede de direito dos seguros, por exemplo, por Amthor. Para um elenco dos defensores desta teoria, cfr. ERNST BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, cit., p. 282.

¹⁵⁴⁴ Assim, SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., manifestando embora dúvidas de que efectivamente fosse então a doutrina dominante, pp. 228-230.

¹⁵⁴⁵ ERNST BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, cit., pp. 283-284. A exigência de culpa não deixa, porém, de perturbar os quadros gerais de enquadramento propostos pelo A. Assim, se na p. 285 este colhe um argumento adicional para a tese defendida no regime do cumprimento das *Obliegenheiten* – dada a sua finalidade, *não interessava quem as cumpria, mas que fossem cumpridas, podendo sê-lo pelo devedor ou por terceiro* – é forçado a admitir de seguida que, quando a norma em causa exigir culpa, esta terá que se aferida em relação a um sujeito determinado.

¹⁵⁴⁶ ERNST BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, cit., pp. 280-281, secundado por ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 186. Para a argumentação dos AA. no sentido de demonstrar a falta de interesse do segurador, vd supra...

¹⁵⁴⁷ ERNST BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, cit., p. 290.

risco¹⁵⁴⁸. Era nesta cadeia que o segurador inseria o elo correspondente a cada risco individual, de acordo com a avaliação dele feita ao tempo da contratação. Ora, caso o risco individual se afastasse do risco efectivo, por ter sido incorrectamente declarado ou por ser agravado por acto discricionário do tomador, seria não só o equilíbrio do contrato concreto, como de toda a comunidade de risco a ser posto em causa. Assim, salvo excepções irrelevantes, todas as *Obliegenheiten* serviriam a mensuração, fixação e melhoria de uma circunstância de risco para, de acordo com as possibilidades, evitar ou minorar a concretização do risco. Algo contraditoriamente, o A. funda a imposição destas actuações no interesse próprio do tomador, já que seria o seu direito à prestação seguradora a ser ameaçado pelo não cumprimento daquelas¹⁵⁴⁹. Esta contradição surge já destrinchada em MÖLLER, que *distingue entre o interesse na imposição das exigências de conduta e o interesse no seu cumprimento: enquanto que o interesse na sua imposição seria, tal como em face de um verdadeiro dever, antes de mais, do segurador, enquanto administrador da comunidade de risco, o interesse no seu cumprimento existiria apenas da banda do tomador, já que a consequência do não cumprimento apenas a ele o feria*¹⁵⁵⁰. Assim, a *Obliegenheit* não se confundia com a obrigação natural – já que, em face desta última, o credor tinha também interesse no seu cumprimento.

Salienta-se ainda que apenas uma tese que não concebesse as posições em causa como deveres permitiria conciliar a sua imposição a terceiro – comum nos quadros do seguro por conta de outrem – com a proibição de contratos criadores de deveres na esfera de terceiro¹⁵⁵¹.

MÖLLER destaca também uma diferença valorativa entre *Pflichten* e *Obliegenheiten*¹⁵⁵²: no caso das primeiras, mesmo que a norma em causa não previsse uma consequência para o não cumprimento e que este não fosse culposos, haveria, em todo o caso, um *Sollen* com sentido autónomo. Já no caso das segundas, a norma de conduta só teria sentido quando fosse prevista uma sanção para o seu não acatamento e a conduta fosse caracterizada pelo grau de culpa previsto na

¹⁵⁴⁸ ERNST BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, cit., pp. 282-283.

¹⁵⁴⁹ ERNST BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, cit., pp. 282-284.

¹⁵⁵⁰ ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 186, o segurado que não cumprisse uma das *Obliegenheiten*, "nur ins eigene Fleisch schneidet", ao passo que o segurador estaria também já fortemente interessado no cumprimento do verdadeiro dever de pagamento dos prémios. Para contextualizar esta maior minúcia na explicação do substrato de interesses, deverá frisar-se que o escrito em causa é posterior à publicação do trabalho de Schmidt.

¹⁵⁵¹ *Verträgen zu Lasten Dritter* – cfr. ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 187

¹⁵⁵² ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 188.

hipótese normativa. Em articulação com essa diferença valorativa, diga-se que, na evolução desta teoria, foi também repetidamente afirmada a maior brandura desta sanção, considerando-se que, em termos de grau, haveria uma grande diferença entre o simples desaparecimento da pretensão do onerado e a fundamentação de uma nova pretensão.

Em resumo, decorre desta teoria a exclusão da exigência do cumprimento coercivo ou de indemnização em caso de incumprimento. Linearmente, decorreria dela também a exclusão da responsabilidade por actos dos auxiliares no cumprimento; porém, como vimos atrás, a doutrina relativizou este resultado.

§ 2. Da culpa perante si próprio ao Last e à Obliegenheit: evolução dogmática até Reimer Schmidt

Quando a figura da *Obliegenheit* irrompe no plano segurador, fá-lo ainda sem incorporar os materiais dogmáticos que, contemporaneamente emersos no Direito civil geral, e depois transpostos para o Direito processual, viriam a servir de esteio à sua evolução dogmática futura. Com efeito, a dogmática civilística do início do séc. XX, nas suas pronúncias sobre *Tatbestände* contíguos aos do dever jurídico¹⁵⁵³ ou sobre as várias encarnações em que esta figura podia vir à existência¹⁵⁵⁴, deixou o

¹⁵⁵³ Como dá conta SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 143-145, no Direito civil geral, foi VON TUHR o primeiro a designar certos *Tatbestände* como pressupostos de um estado vantajoso para o obrigado, sem, porém, distinguir ainda claramente entre as condições para a aquisição de um direito e os actualmente ditos ónus. De resto, as suas posições eram claramente contrárias às que viriam a ser defendidas por estas teorias – afirmava a aplicação do § 278 a pressupostos a que fosse essencial um comportamento subjectivo; defendeu também a possibilidade de indemnização em caso de incumprimento do dever de declaração do agravamento do risco (§223 VVG). Em conclusão, se von Tuhr introduziu a expressão pressuposto no direito civil geral, fê-lo porém com o sentido inverso ao usado na *Voraussetzungstheorie*. O autor viria a ser seguido por Zitelmann, e o pensamento destes dois autores viria a ser recebido e incorporado na construção de uma posição jurídica diversa do dever em sentido estrito – quer com a forma de *Obliegenheit*, quer com a forma de *Last*.

¹⁵⁵⁴ Leonhard constrói também como um pressuposto o evitar do risco ou dano para bens próprios nos quadros do § 254. Tratar-se-ia aqui de um dever (*Aufgabe*) do lesado que seria pré-condição para uma vantagem jurídica (JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A conduta...* cit., p. 505, refere aqui a consideração da lesão de interesses do lesado e do lesante). Por sua vez, von Buchka (cfr., a este respeito, REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., p. 295), Hercher e Wolff referiram-se à figura da obrigação indirecta ou mediata, cujo cumprimento não era judicialmente exigível, considerando exactamente entre as suas hipóteses de relevância as obrigações do tomador. Não reconhecem, porém – sobretudo, no tocante aos últimos dois autores, que admitem que a consequência indemnizatória acompanhe o incumprimento destas obrigações –, foros de cidade a uma figura distinta da obrigação. Segundo von Buchka, haveria uma obrigação directa quando um "dever-prestar" (*Leistensollen*) pudesse ser imposto através de acção judicial e execução coerciva, havendo lugar a indemnização pelo não cumprimento. Estar-se-ia, pelo contrário, perante *uma obrigação indirecta quando não houvesse nem um "dever-prestar" (Leistensollen), nem uma exigência da prestação* – o "obrigado" seria livre de recusar a prestação. O interesse do beneficiário da prestação

lastro necessário à moldagem de outras figuras jurídicas passivas transcendentais do dever jurídico.

Com efeito, estas ideias prontamente tiveram reflexo em sede jus-processualística. A transposição para esta sede das ideias que iam emergindo em relação aos preceitos do BGB e HGB para o Direito processual ancorou-se sobretudo com a obra de GOLDSCHMIDT¹⁵⁵⁵, que recortou as *posições jurídicas*

seria meramente assegurado pela promessa de vantagens ou ameaça com desvantagens. Entre estas, separou as que deviam ser tratadas de acordo com o regime da condição e aquelas que mereciam um tratamento autónomo. Não retirou, porém, outras consequências práticas – *maxime*, quanto à aplicação do § 278 às obrigações indirectas – da distinção. (ap. SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 144-145). Por sua vez, Hercher não cita von Buchka, cujas teses possivelmente não terá conhecido. Refere também as obrigações indirectas, face às quais haveria um "dever-prestar". Porém, este não poderia ser imposto coercivamente em sede judicial, havendo uma mera coacção psicológica ao seu cumprimento. Entre estas, contavam-se os deveres de comportamento em sede de seguro. Hercher rejeitava a aplicação do § 287 às obrigações indirectas, mas fazia-o com base num raciocínio aparentemente semelhante ao que subjaz à distinção entre obrigações de meios e de resultado. Embora o credor não devesse, perante estas obrigações indirectas, ser deixado em pior situação do que nas restantes, o que acontecia era que, na maior parte dos casos, aqui o devedor apenas se obrigava a um determinado comportamento, e não ao alcançar de um determinado resultado. Ora, e, nessas hipóteses, nada mais podia ser com justiça exigido ao devedor do que esse comportamento. O autor defende, no entanto, que o não cumprimento destas obrigações indirectas poderia fundar uma pretensão indemnizatória. Aproxima-se, assim, da concepção defendida por Wolff (cfr. SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 186-187). Desta categoria das "indirekte Verpflichtungen", citando v. Buchka, fez uso também HEINRICH SIBER, *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II, 1, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil) §§ 241-432*, I. Guttentag, Berlim, 1914, p. 27, reconduzindo-as a *posições com a estrutura de deveres sujeitos a condição suspensiva atinente a um comportamento do devedor ou a obrigações com faculdade alternativa* – se o devedor opta por provocar a não verificação da condição ou por exercer a faculdade alternativa, actua no seu próprio interesse – ao abrigo de um "Gebot des eigenen Interesses" – e não no cumprimento de um dever (entre os exemplos dados, estão o "dever" de notificação do sinistro, ou o de minorar o dano sofrido, nos quadros do § 254). Especificamente em sede seguradora, MARTIN WOLFF, "Das Privatversicherungsrecht", in *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, II*, JOSEF KOHLER (coord.), Duncker & Humblot/Guttentag, Munique/Leipzig/Berlim, 1914, pp. 413-542, p. 437, alude a este propósito a "mittelbare Pflichten", não sujeitas a execução específica, mas cujo incumprimento fundava uma pretensão indemnizatória por parte do segurador e às quais era directamente aplicável o regime da responsabilidade por actos de auxiliares. Outras teses se seguiram (de Manigk e depois de Höxter) afirmando que seriam deveres todos os comandos da ordem jurídica cujo incumprimento fosse sancionado – não necessariamente por execução coerciva ou indemnização, mas também mediante outras desvantagens. O § 278 poderia estar em causa em relação a este conjunto. Haveria, porém, deveres jurídicos que não corresponderiam a uma relação obrigacional em sentido estrito, porque estaria aqui ausente a possibilidade de exigir coactivamente o cumprimento. Estaria, pois, aqui ausente um direito de exigir do credor (cfr. SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 187-188).

¹⁵⁵⁵ JAMES GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage, Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Julius Springer, Berlim, 1925, pp. 335 e ss. Não foi Goldschmidt o primeiro autor a identificar o paralelo. Já antes, LEO ROSENBERG, *Die Beweislast...* cit., pp. 67-75 (esp. 72), na edição da sua obra a que tivemos acesso, havia colhido em Siber a categoria das "indirekte Pflichten" afirmando-as o *analogon* perfeito, em sede de Direito civil, para as situações jurídicas de ónus de alegação e de prova das partes processuais. Tal como as primeiras, também estes últimos conformavam meras possibilidades de actuação das partes, de que estas fariam uso para servir os seus próprios interesses de obtenção de vencimento no processo. No tratamento que destes *Lasten* faz, como atinentes a possibilidades ou necessidades práticas, o autor porém praticamente despoja as figuras de todo o relevo jurídico, parecendo remetê-las para o puro âmbito do cálculo económico.

passivas da situação jurídica (*Rechtslage*) processual enquanto *Lasten*, exprimindo a necessidade de adopção de dada actuação processual para evitar uma desvantagem processual – no limite, um julgamento desfavorável. No pensamento do processualista, estas posições jurídicas processuais, conquanto radicadas na natureza duelística do processo ("das Wesen des Prozess ausmachende Parteikampf"), que impunha às partes o uso das possibilidades processuais de defesa e ataque ("Angriff"), correspondem por inteiro às posições jurídicas substantivas identificadas por VON TUHR e ZITELMANN como "Gebote des eigenen Interesses". O *Last* não teria por correlato um direito; na verdade, embora se tratasse de uma posição jurídica passiva, exprimia, tal como no direito material, a congruência entre o "Gebot des eigenen Interesses" e as condições para a conservação de um direito (próprio).

Num ulterior estágio desta linha evolutiva pode dizer-se que está a tese de REIMER SCHMIDT.

REIMER SCHMIDT considera que não há uma relação dicotómica entre dever (*Sollen*) e não dever (*Nichtsollen*); haveria, sim, uma gradação entre o dever mais extremo e a total liberdade de actuação¹⁵⁵⁶. Acresce, segundo o autor, que a coerção jurídica deve ser analisada também na perspectiva da psicologia, já que esta actua enquanto coerção psicológica exercida sobre os sujeitos¹⁵⁵⁷.

Sob este pano de fundo, o autor alinha duas classificações mutuamente ortogonais. De um lado, teríamos as hipóteses normativas (*Tatbestände*) de incentivo (*Anreizungstatbestände*), ao lado dos *Tatbestände* de necessidade ou coerção (*Nötigungstatbestände*)¹⁵⁵⁸. No primeiro caso (*Tatbestände* de incentivo), a norma confere ao sujeito uma vantagem no caso de este adoptar, tolerar ou omitir determinada conduta jurídica em sentido lato, dando em regra azo, quando o comportamento em causa dependa da vontade do sujeito, a um esforço (*Strebung*) deste por adoptar tal comportamento. Estas hipóteses não fundam, sempre segundo o A., qualquer dever jurídico. No segundo caso (*Tatbestände* de necessidade ou coerção), a norma ameaça o sujeito com uma desvantagem jurídica, que o atingirá se este adoptar uma determinada conduta determinável pela sua vontade. Estas hipóteses fundam deveres em sentido amplo.

¹⁵⁵⁶ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., p. 312.

¹⁵⁵⁷ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., pp. 21-23.

¹⁵⁵⁸ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., pp. 312-313.

No outro eixo do plano, teríamos, ao lado dos *Tatbestände* funcionais, os *Tatbestände* teleológicos¹⁵⁵⁹. No caso dos *Tatbestände* – de incentivo ou necessidade – *funcionais*, a norma não visa especificamente que o sujeito adopte o comportamento em causa: do ponto de vista do autor da norma – legislador ou parte contratual –, é indiferente que o sujeito adopte ou não esse comportamento. Aqui, a influência sobre a conduta do sujeito é um mero subproduto da técnica normativa, que associa uma consequência jurídica a uma hipótese normativa¹⁵⁶⁰. Como tal, quando um dos pressupostos da norma seja um comportamento voluntário do sujeito, a associação a tal de determinada consequência jurídica não poderá deixar de o influenciar, por pura decorrência lógico-causal¹⁵⁶¹. No caso dos *Tatbestände* – de incentivo ou necessidade – *teleológicos*, essa modelação do comportamento do sujeito está para lá de um mero efeito colateral da norma: a norma visa exactamente conduzir à adopção ou omissão de determinado comportamento. A distinção entre *Tatbestände* funcionais e teleológicos não é, segundo o A., absoluta ou totalmente clara. Esta decorre, em primeiro lugar, da formulação da norma: se esta compreender um comando (*Gebot*) ou uma exigência (*Aufforderung*), evidencia-se o seu carácter teleológico¹⁵⁶². Em segundo lugar, decorre da avaliação do substrato de interesses.

Neste plano, encontraríamos o dever jurídico em sentido lato como um *Tatbestand* teleológico de necessidade. Dentro do dever jurídico, o expoente

¹⁵⁵⁹ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., pp. 313-314.

¹⁵⁶⁰ Cfr. REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., pp. 67 e ss., para os *Tatbestände* de incentivo funcionais – de que são exemplo, vg., os efeitos da compensação face à sua invocação, ou a aquisição da propriedade por acesão mobiliária ou imobiliária ou por especificação, face aos factos materiais que as constituem – e pp. 76 e ss., para os *Tatbestände* de necessidade funcionais – assim, vg., face ao direito do proprietário, até ao início do preenchimento dos pressupostos de facto da perturbação do seu direito, não se poderia falar de um dever de omissão, mas de uma mera coerção/necessidade funcional de não perturbar o direito de propriedade alheio, valendo idêntico raciocínio para os demais direitos absolutos; e estaríamos também em face de uma coerção/necessidade funcional no caso do regime da responsabilidade pelos actos dos auxiliares no cumprimento, já que aquele que se serve de um auxiliar é impelido a manter um nível elevado de cuidado, já que responde pelos actos deste auxiliar. É o próprio A. a admitir, na p. 75, o carácter fluido da distinção entre uns e outros, carecendo a qualificação de um ponto de vista objectivo, correspondente ao do criador da norma, complementado por uma análise do específico substrato de interesses.

¹⁵⁶¹ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., p. 76, fala aqui de um simples dever-ser lógico ("logische[s] Sollen"), correspondente a um ter-que-ser logicamente condicionado ("logisch bedingte[s] "Müssen").

¹⁵⁶² Cfr. os exemplos dados pelo A. na p. 58, percorrendo, face à mesma proposição jurídica, a escala desde a vinculação jurídica, passando pela *Obliegenheit*, até ao mero elemento da hipótese normativa (mera coerção funcional). O A. sublinha, porém, as limitações da interpretação com recurso ao elemento literal, num domínio onde nem o legislador, nem as partes têm uma clara visão de conjunto das técnicas de conformação jurídica ao seu dispor. Para exemplos de *Tatbestände* teleológicos de incentivo, cfr. pp. 84 e ss.

máximo da força coerciva jurídica corresponderia às vinculações jurídicas (*Verbindlichkeiten*), identificadas com o dever de prestar (*Leitstensollen*) correspondente à relação obrigacional em sentido estrito e contraposto a uma autorização para exigir (*Forderndürfen*). Só se poderia falar destas vinculações quando ao seu não cumprimento correspondesse pelo menos o direito de exigir uma indemnização¹⁵⁶³. E, nota de maior relevo, estas vinculações jurídicas seriam impostas exclusivamente no interesse do credor.

Com efeito, a par destas vinculações, encontraríamos *deveres jurídicos de menor intensidade, estabelecidos no interesse do credor, mas em cuja imposição e cumprimento teria também um papel o interesse do devedor*¹⁵⁶⁴. Tratar-se-ia aqui de *Tatbestände* de necessidade, no âmbito dos quais, porém, ao acatamento ou omissão do comportamento imposto se associaria a atribuição de uma vantagem ao sujeito passivo. Aqui, estaríamos perante aquilo a que o A. chama *Obliegenheiten*, de que seriam exemplo os deveres de colaboração do credor, os deveres de prevenção e mitigação do dano e os deveres tipicamente impostos ao tomador do seguro. Trata-se de deveres jurídicos estabelecidos em interesse próprio e alheio, aos quais presidiria a ideia de proibição do *venire contra factum proprium* – como se patentearia com clareza, aliás, em alguns dos mais relevantes exemplos da figura: o atinente ao § 254 BGB e os relativos aos ónus do contrato de seguro, em que, a par do interesse do tomador-onerado, se serviria os interesses do segurador e da "comunidade de risco" constituída pelos restantes tomadores¹⁵⁶⁵. Esta última ideia predica também a antijuridicidade própria da violação de ónus: não há, nestes casos, ilicitude, mas uma reprovação jurídica associada à proibição do comportamento contraditório, meramente análoga à ilicitude¹⁵⁶⁶. Teríamos, pois, *uma tripla*

¹⁵⁶³ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., p. 314. Aliás, na sua versão mais coerciva, estas dariam azo a um direito de exigir coactivamente o cumprimento e mesmo de obter a execução específica; numa versão intermédia, apenas fundariam os direitos de indemnização e exigência do cumprimento.

¹⁵⁶⁴ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., pp. 103-104, 301-302 e 314-315. O A. acentua que a intensidade da coerção não se avalia pelas sanções previstas, mas decorre do substrato de interesses em causa.

¹⁵⁶⁵ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., especialmente pp. 109 e ss., e ainda pp. 142-143, para a declaração inicial do risco, pp. 203 e ss., para os ónus ligados ao agravamento do risco (de não agravamento e comunicação de um agravamento), pp. 209-210, para os ónus de comunicação da existência de uma pluralidade de seguros sobre o mesmo risco e da transmissão da coisa segura, pp. 219-220, para os ónus de afastamento e mitigação do dano, p. 225, para o ónus de participação do sinistro, p. 229, para os ónus de informação e prova relativamente ao sinistro, pp. 232-233, para o ónus de não introduzir alterações nos bens sinistrados até à confirmação, pelo segurador, das circunstâncias do sinistro, e p. 317.

¹⁵⁶⁶ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., p. 318.

sintonia: a intensidade da sanção exprimiria a intensidade do dever (*Sollen*), que por sua vez encontraria esteio no substrato de interesses em presença¹⁵⁶⁷.

Estas especificidades levariam os *deveres a revestir-se de menor intensidade*, já que *à sua violação não se associaria uma pretensão indemnizatória*, mas sim o *surgimento de um direito para terceiro*, ou *melhoria de uma sua posição jurídica*, tendo o onerado como parte passiva, ou a perda ou limitação de um direito deste último, ou ainda a atribuição a este de uma outra desvantagem jurídica¹⁵⁶⁸. Não se poderia, em face destas figuras, falar, pois, com propriedade de um credor e de um devedor.

Consistindo as *Obliegenheiten* num conjunto heterogéneo, o A. tão-pouco considera que estas disponham de um regime unitário de incumprimento¹⁵⁶⁹. Assim, este tanto poderia exigir uma causalidade entre a violação e um dano que determinaria a medida da consequência jurídica aplicável – como aconteceria no caso do § 254, onde assim penetraria um pensamento indemnizatório –, como exigir a mera causalidade entre a violação e um resultado danoso, sem porém determinar a medida desta consequência jurídica pela medida deste resultado danoso – seria o caso das *Obliegenheiten* atinentes ao contrato de seguro e associadas ao *Alles-oder-Nichts-Prinzip*; como poderia abdicar do pressuposto da causalidade entre a violação e a consequência ditada para essa hipótese. No âmbito da liberdade contratual, as partes seriam livres de optar por qualquer um destes regimes. A mesma flexibilidade e disponibilidade contratual valeria para o *pressuposto da culpa*, que *tão-pouco seria necessário* – não o seria, por exemplo, para aplicação das consequências da mora do credor. Onde o fosse, tratar-se-ia *não de culpa contra si próprio*, mas *contra si próprio e contra outrem*. O regime da culpa apenas adaptativamente poderia valer aqui; assim, conquanto se exigisse a imputabilidade, não se poderia mobilizar as regras da indemnização equitativa de facto de inimputável, dada a sua excepcionalidade. De resto, culpa e causalidade são vistas como correcções introduzidas pela equidade¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁷ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., p. 58 e ss.

¹⁵⁶⁸ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., pp. 103-104 e 315-316.

¹⁵⁶⁹ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., p. 318.

¹⁵⁷⁰ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., p. 319. A par destas, o A. refere ainda a exigência de clarificação (*Klarstellungserfordernis*), que determinaria que o avantajado pela (violação da) *Obliegenheit* fosse por sua vez onerado com a exigência de exercer a posição jurídica favorável daí resultante dentro de um prazo determinado – seria o caso, vg., do ónus de anulação sem atraso culposo, previsto no § 121, I, do BGB; ou de exercício do direito de preferência (§ 464 BGB) dentro de um prazo determinado.

Nas hipóteses em que se exigisse a culpa do onerado, valeria, na medida em que as especificidades desse concreto ónus o não excluíssem, a responsabilidade pelos actos dos auxiliares – não, porém, com base no princípio da culpa própria, mas com base na ideia de que quem disfruta das vantagens da divisão de trabalho deve também suportar os seus *incommoda*. Porém, tratando-se aqui de deveres de menor intensidade, tal responsabilidade seria também limitada a um círculo de auxiliares menor do que o geralmente considerado na aplicação do § 278.

Estas posições jurídicas não estariam, de resto, sujeitas a prescrição – dada a ligação do ordenamento alemão entre direito processual de exigir e prescrição; poderia, porém, intervir uma *Verwirkung*, nos termos gerais¹⁵⁷¹. De igual modo de se excluiriam outros meios de coerção ao cumprimento¹⁵⁷² – direito de retenção da prestação devida enquanto não for cumprido um dever derivado do mesmo contrato e, no caso dos contratos sinalagmáticos, excepção do não cumprimento –, bem como a possibilidade de invocar a compensação ou de exercer a acção directa¹⁵⁷³.

Para SCHMIDT, a *Obliegenheit* aparta-se dos *Lasten*: estes são *Tatbestände* de necessidade meramente funcionais, devendo por isso ser apartados dos deveres jurídicos¹⁵⁷⁴. Aqui compreender-se-iam não só os encargos processuais, inseridos como tal numa relação de Direito público, como o encargo do credor de exercer a sua pretensão dentro do prazo prescricional. Estes seriam ditados pelas mais diversas ponderações do legislador ou das partes contratuais, *não se dirigindo especificamente à indução daquela conduta*. Não fundariam, como tal, uma relação devedor-credor, não lhes sendo adequadas as consequências do incumprimento próprias das vinculações jurídicas (*Verbindlichkeiten*).

Como consequências práticas da tese de Schmidt, temos a exclusão da exigência do cumprimento coercivo ou de indemnização em caso de incumprimento; o regime da responsabilidade por actos dos auxiliares no cumprimento é passível de mobilização, mas apenas analógica.

O pensamento de REIMER SCHMIDT foi acolhido, nomeadamente, por DEUTSCH, que o mobilizou tanto para enquadrar a posição do lesado que contribui para o dano, como a posição do tomador de seguros em face das exigências de

¹⁵⁷¹ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., p. 319.

¹⁵⁷² REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., p. 319.

¹⁵⁷³ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., pp. 319-320.

¹⁵⁷⁴ REIMER SCHMIDT, *Die Obliegenheiten...* cit., pp. 93 e ss. e 315. O A. acentua, sobretudo na p. 101, o sentido lato com que usa o termo *Lasten*, dada a grande heterogeneidade do conjunto.

conduta aqui em causa¹⁵⁷⁵. DEUTSCH aparta-se, porém, da construção de SCHMIDT em dois pontos. Em primeiro lugar, no modo como concebe o substrato de interesses: no pensamento de DEUTSCH, as *Obliegenheiten* são comandos ao serviço do interesse do onerado, que contudo frequentemente – e não por natureza, como o defende SCHMIDT – se implicavam também com o interesse de um terceiro. Em segundo lugar, DEUTSCH afirma (um pouco na linha de BALLERSTEDT, mas sem tecer as considerações mais gerais que este último autor tece) que as consequências jurídicas do não acatamento das *Obliegenheiten* dependem da ocorrência de culpa: a *Obliegenheit* inscrevia-se entre os institutos jurídicos dependentes de imputação subjectiva. Assim, o edifício da *Obliegenheit* construía-se em paralelo ao do dever jurídico, sobre pressupostos de facto, ilicitude e culpa cunhados pela natureza específica da *Obliegenheit*¹⁵⁷⁶.

§ 3. A tese de LOOSCHELDERS: *Obliegenheiten* e imperativos hipotéticos

A construção do autor situa-se perante o instituto da culpa do lesado, tendo o autor por ponto de partida a tentativa de construção de um *Tatbestand* paralelo para avaliação da conduta do lesado e do lesante. Para que se possa falar de um âmbito de responsabilidade, é necessário que este seja delimitado e atribuído a um sujeito, o que acontece pela sua responsabilização a título objectivo por certas fontes ou âmbitos de risco *ou então pela imposição de normas de conduta*. É esta segunda via que é seguida quando se impõe responsabilidade a título de culpa¹⁵⁷⁷. É, pois, decisivo encontrar um *analogon* para a ilicitude, que possa *enquadrar uma norma de conduta que por sua vez seja suporte bastante para o juízo de culpa*.

Ora, não há reprovação jurídica a rodear a causação de danos, pelo sujeito lesado nos seus direitos, na própria esfera: a construção de um verdadeiro dever confronta-se com incompatibilidades normativas independentemente do destinatário

¹⁵⁷⁵ ERWIN DEUTSCH, *Das neue...*, cit., pp. 139-141. Na linha de Reimer Schmidt – que o A., aliás, começa por citar –, este reconhece às *Obliegenheiten* uma natureza jurídica própria, assente tanto num substrato de interesses diverso do que informa o dever jurídico, como na daí derivada especialidade da sanção – a qual, materializada na *Verwirkung*, se apartava da coerção ao cumprimento ou do pedido indemnizatório. Materializada na perda do próprio direito, esta sanção não deixaria, porém, de constituir uma relevante *coerção psicológica* ao cumprimento.

¹⁵⁷⁶ ERWIN DEUTSCH, *Das neue...*, cit., p. 140, refere-se ao "Aufbau Obliegenheitstatbestand, Obliegenheitswidrigkeit, Obliegenheitsverschulden", que seria um paralelo à "Haftung mit Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Verschulden".

¹⁵⁷⁷ DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., pp. 200 e ss.

em relação ao qual se aponte¹⁵⁷⁸. A construção de um dever para consigo próprio não seria admissível face às valorações subjacentes ao Direito e espelhadas na tutela constitucional da liberdade geral de actuação (art. 2., I, da *Grundgesetz*); a mesma axiologia impede que se possa falar aqui de deveres de protecção dos próprios bens em defesa da colectividade. E tão-pouco se pode falar de um dever de protecção dos interesses do lesante, já que o risco implicado pela conduta do lesado não é uma consequência espúria, mas algo pretendido pela ordem jurídica, como consequência da provocação de dano a terceiro¹⁵⁷⁹. Do que se trata é, pois, de procurar fundar uma contrariedade ao Direito ("Rechtswidrigkeit") sem reprovação jurídica (sem "Rechtsmißbilligung"). Ao contrário do que acontece no Direito penal, no Direito civil não se pode, da previsão de uma consequência jurídica desfavorável, deduzir a violação de uma norma de conduta – há, vg., responsabilidade por factos lícitos¹⁵⁸⁰.

¹⁵⁷⁸ DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., pp. 180 e ss.

¹⁵⁷⁹ DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., pp. 180 e ss. Em relação a um dever perante si próprio, embora o autor admita que a construção fosse formalmente possível, considera que esta não seria admissível face às valorações subjacentes ao Direito – este exige alteridade, não cabendo ao Direito reger a relação da pessoa consigo própria. Isso mesmo tem reflexo na ordem constitucional, cabendo a cada sujeito definir e prosseguir os seus interesses e objectivos (art. 2, I GG) – e não à colectividade impor-lhos –, tendo tal reconhecimento da liberdade eco em vários regimes de Direito positivo (vg., não punibilidade do suicídio, poderes do proprietário,...). A imposição de deveres de protecção dos próprios bens em defesa da colectividade apenas pode valer pontualmente, face a matérias em que se dá preponderância aos interesses da colectividade – obrigatoriedade do cinto de segurança, proibição do consumo de drogas –, e não como directiva geral, sob pena de se violar a garantia constitucional da liberdade geral de actuação (art. 2, I GG). De resto, este raciocínio não teria porque proceder na relação entre lesante e lesado, dois sujeitos privados cujo interesse está aqui em causa. Por isso, a maioria dos autores que concebe aqui um verdadeiro dever, considera que o seu sujeito activo é o lesante. As tentativas de encontrar o fundamento para a reprovação jurídica da conduta do lesado fundam-se aqui em diferentes bases. Uma primeira tentativa alega que tal reprovação se fundaria no facto de o lesado com a sua actuação, *impor ao lesante que suportasse consequências mais gravosas*, ou de lhe impor ao menos o risco acrescido de um processo judicial em que não conseguisse estabelecer que não era responsável por tudo. O autor – numa argumentação, nas pp. 185-186, que, assumimo-lo, nos parece opaca e mesmo contraditória com o afirmado em outras partes – recusa este ponto de vista, considerando que a imposição deste risco ao lesante não é uma consequência espúria, mas algo pretendido pela ordem jurídica, como consequência da provocação de dano a terceiro. Acresce que a pretensão indemnizatória do lesado não corresponde *a priori* ao dano todo (ponto que nos parece, porém, dificilmente conciliável com o princípio da reparação integral, que o autor afirma noutros pontos da obra), mas apenas ao que o § 254 imporá ao lesante que suporte. Por sua vez, o § 254 assenta na evitabilidade do dano pelo lesado. Acresce que, se a fundamentação fosse a de poupar o lesante à suportação dos danos, não seria necessário impor ao lesado um dever de os evitar, bastando recusar-lhe totalmente a indemnização (ponto em que temos também dificuldade em acompanhar o pensamento do autor, já que a solução aventada seria desde logo desproporcionada). São rechaçadas também as linhas argumentativas (como a de Schönemann) que assentam em a actuação do lesado causadora de risco para os seus próprios bens ser também criadora de um risco para os bens do lesante – provocar um dano latente nestes. Esta afirmação não se adequa a muitas das situações de culpa do lesado – em que não há qualquer risco para os bens de terceiro – nem ao facto de apenas se indemnizar um dano efectivamente causado – não se podendo enquadrar a compreensão destes regimes com base numa ideia de dano latente.

¹⁵⁸⁰ DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., pp. 201-202.

Mas, se se prevê um consequência fundada na culpa, *teremos que nos reportar a uma norma de conduta violada*¹⁵⁸¹. É, pois, na busca dessa norma de conduta, que permita fundar o primeiro dos juízos sem implicar o segundo, que o autor se lança.

Ora, o *analogon* que permite um juízo de contrariedade a uma norma de conduta sem que o seu não acatamento seja censurado é colhido na recuperação dos imperativos hipotéticos kantianos, que o autor considera virem sendo objecto de uma imerecida desatenção por parte da ciência jurídica. No caso dos imperativos categóricos, o sujeito não é livre de adoptar ou não determinada conduta: está a ela obrigado; nos hipotéticos, só tem que a adoptar se pretender alcançar determinado fim. O autor não pretende transferir para aqui o significado que lhes dá Kant em sede de ética, mas considera que a estrutura dos imperativos hipotéticos é transponível para a análise das normas de conduta que impõem ao lesado a prevenção ou mitigação do dano: o Direito não impõe ao sujeito que adopte a conduta; mas, se o sujeito quiser alcançar um determinado fim racional – a saber, *evitar determinada consequência desvantajosa que lhe é aplicável em caso de não cumprimento* – tem então que adoptar determinada conduta. *Esta não é, porém, valorada como desejável em si pelo Direito: perante este, ela é neutral*¹⁵⁸².

O autor defende, em suma, que as normas de conduta na base do § 254 devem ser compreendidas como imperativos hipotéticos, avaliando-se por elas a relevância de uma conduta para a aplicação da consequência, mas sem que haja nisso reprovação¹⁵⁸³. Tais imperativos hipotéticos casam com o reconhecimento de uma liberdade de actuação de base. Estas normas de conduta *são impostas no interesse do lesante – servem a protecção das suas expectativas. Mas este não tem um interesse juridicamente relevante em que sejam cumpridas, mas apenas em que existam: basta-lhe saber que as consequências da conduta desconforme do lesado vão recair sobre a esfera deste*¹⁵⁸⁴. O lesante não tem um interesse juridicamente relevante nas próprias condutas de prevenção ou mitigação, porque não afectam materialmente a sua esfera; tem apenas interesse em que não possam ser imputadas juridicamente à sua esfera. Nem se pode dizer que o lesante tem um interesse juridicamente relevante em que o lesado adopte condutas preventivas pelo facto de

¹⁵⁸¹ DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., pp. 178 e ss.; este ponto de partida volta a ser exposto na p. 194; 200-203.

¹⁵⁸² DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., p. 209.

¹⁵⁸³ DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., p. 211 e 213-214.

¹⁵⁸⁴ DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., pp. 212-214.

isso ser apto a liberá-lo de toda a responsabilidade; este interesse em exonerar-se não é juridicamente relevante, já que o ponto de partida é que o lesante deve responder pelo dano causado.

E, para o que neste trabalho especialmente releva, o autor transpõe estes raciocínios para as relações jurídicas especiais e, em particular, para a relação jurídica de seguro, considerando que a *Obliegenheit* de não agravamento do risco na pendência do contrato e a de mitigação obedecem a este mesmo esquema de compreensão: o segurador não tem um interesse nas condutas em si; e nem podem estas ser impostas ao modo dos imperativos categóricos, pois tal seria atentatório da liberdade pessoal do segurado¹⁵⁸⁵.

§ 4. A tese de WANDT: *Obliegenheiten* enquanto posições jurídicas distintas dos deveres pelo regime do incumprimento

Uma tese que reconhece ainda natureza autónoma às exigências de comportamento exigidas ao tomador é a defendida por WANDT¹⁵⁸⁶. O autor não concebe as *Obliegenheiten* como pressupostos, mas como *realidades jurídicas distintas dos deveres, porquanto se encontrariam sujeitas a um regime diverso do destes*. Com este recorte acenamos já à metodologia seguida pelo A. Este não confere, na sua apreciação, qualquer importância à avaliação do substrato de interesses: a sua análise é *feita exclusivamente da óptica das consequências jurídicas do incumprimento do comando jurídico, conforme resultantes da sua regulação vigente*. Isto transparece logo da definição de *Obliegenheiten* extraída pelo A. da respectiva regulação legal: *estas são regras de comportamento impostas a uma parte contratual por força da lei ou do contrato, cujo cumprimento não é coercível e cuja violação não fundamenta qualquer obrigação indemnizatória, mas acarreta para o lesado outras desvantagens específicas, delimitadas de modo preclusivo pela lei*. Assim, não sendo passíveis de consequência indemnizatória, as *Obliegenheiten* apartar-se-iam decisivamente dos deveres laterais. A qualificação da posição jurídica em causa dependeria, pois, da análise das consequências jurídicas associadas ao seu cumprimento.

¹⁵⁸⁵ DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., pp. 218-219, considerando o autor que o mesmo vale em relação à anulação do negócio em prazo razoável e à inspeção dos bens e denúncia dos defeitos em prazo razoável também.

¹⁵⁸⁶ MANFRED WANDT, *Vorbemerkung zu § 28*, cit., nm. 12-20.

§ 5. Críticas às teses apresentadas e afirmação da natureza doverosa das Obliegenheiten: a Verbindlichkeitstheorie

Como começámos por referir, não estamos aqui perante linhas argumentativas que queiram provar a irrelevância dos ónus em sede geral. Porém, dos argumentos esgrimidos contra a qualificação como tal dos exigências de conduta do tomador, resultam certamente subsídios para a *compreensão do que se deva ainda entender por dever jurídico em sentido próprio*; e das dificuldades enfrentadas pelos autores que defendem que se trata aqui de verdadeiros deveres resultarão também certamente subsídios para o debate em torno da *utilidade da autonomização de uma posição jurídica distinta do dever*. Assim, entre os subscritores destas críticas encontramos tanto partidários mais moderados de concepções distintivas das *Obliegenheiten*, como partidários daquela a que se costuma chamar *Verbindlichkeitstheorie* e que teve, entre os seus mais destacados defensores, RITTER, VON GIERKE, EHRENZWEIG e ERICH PRÖLSS e é na doutrina mais recente defendida, por exemplo, por JÜRGEN PRÖLSS, HEISS e HÄHNCHEN.

Afirma-se que, à face da VVG anterior, como da actual, os termos "Pflicht" e *Obliegenheit* são usados em sinonímia¹⁵⁸⁷, sendo falso que se encontrem excluídas consequências indemnizatórias do incumprimento destas posições jurídicas¹⁵⁸⁸.

¹⁵⁸⁷ Já assim, CARL RITTER, *Das Recht der Seeversicherung, Ein Kommentar zu den Allgemeinen Deutschen Seeversicherungs-Bedingungen*, L. Friederichsen & Co., Hamburg, 1922, p. 36; ALBERT EHRENZWEIG, *Die Rechtsordnung...*, cit., pp. 113-114, descartando desde logo, por ociosa, a discussão em torno da natureza jurídica destes deveres em face da VVG austríaca de 1917: os termos *Pflicht* e *Obliegenheit* eram usados pelo legislador em plena sinonímia; ERICH PRÖLSS, *Versicherungsvertragsgesetz*, cit., p. 23, face à VVG 1908, convocando o argumento histórico segundo o qual o legislador teria tomado as posições jurídicas em causa como verdadeiras obrigações, às quais se aplicariam os princípios gerais do Direito civil. O argumento histórico não vale já na interpretação da actual VVG: na fundamentação da Proposta de Lei para reforma do direito do contrato de seguro, de 20 de Dezembro de 2006 (*Drucksache* 16/3945), o legislador afirma expressamente que se renuncia a uma definição do conceito de *Obliegenheit*, já que isso dificultaria o seu ulterior desenvolvimento jurisprudencial e, de resto, não resolveria o difícil problema de delimitação face às ditas *Obliegenheiten* embuçadas (p. 68). Cfr. SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 172-173 e HELMUT HEISS, "§ 28", cit., p. 812.

¹⁵⁸⁸ Segundo ALBERT EHRENZWEIG, *Die Rechtsordnung...*, cit., pp. 113-114, salvo quando o legislador expressamente limitasse as consequências jurídicas do incumprimento de determinado destes deveres, poder-se-ia mobilizar os termos gerais relativos ao incumprimento (reparação, pactuação de cláusula penal); e, nos limites da lei, o mesmo parâmetro valeria para as *Obliegenheiten* contratuais). ERICH PRÖLSS, *Versicherungsvertragsgesetz*, cit., p. 23, face à VVG 1908, considera que tais consequências jurídicas não poderiam estar excluídas face à violação de *Obliegenheiten* quando fossem necessárias para a protecção dos interesses do segurador ou da colectividade interessada no seu cumprimento. Face ao direito actual, SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 208-211.

A. Crítica aos pressupostos gerais das teses diferenciadoras

O conceito de pressuposto, em que assenta a teoria que toma este nome, é criticado pela sua imprecisão e imprestabilidade. O cumprimento destas *Obliegenheiten* não é um pressuposto para o preenchimento do *Tatbestand* de uma pretensão a fazer valer¹⁵⁸⁹. Não se trata de pressupostos positivos do direito à prestação seguradora, cujo cumprimento deva ser provado para a obter: o seu não cumprimento é, antes, uma excepção a ser invocada pelo interessado. Nem o regime das consequências jurídicas aqui em causa se adequa ao mero decair de um direito por não reunir todos os seus pressupostos¹⁵⁹⁰: a liberação do segurador tem que ser por este invocada, não valendo automaticamente – e pode o segurador não ter interesse em invocá-la. Está, por outro lado, dependente da ocorrência de culpa¹⁵⁹¹; e, com a nova VVG, depende ainda dos requisitos da causalidade e da relevância. Paralelas considerações valem para os direitos de resolução com eficácia retroactiva ("Rücktritt") ou prospectiva ("Kündigung"). Por outro lado, há toda uma série de casos em que o não cumprimento da *Obliegenheit* não implica a perda da contraprestação – é este evidentemente o caso do incumprimento com negligência ligeira (§ 6 na versão anterior e § 28 da nova versão).

Tão-pouco os pressupostos gerais da tese de SCHMIDT se eximem à crítica, tendo-se por impropriedade a abordagem psicologista de que o autor se serve para separar os *Tatbestände* funcionais dos teleológicos. Esta não só traria valorações estranhas ao direito para o seio das classificações jurídicas, como a categoria dos *Tatbestände* teleológicos resultaria formal e abstracta, lábil e com pouco relevo informativo¹⁵⁹².

¹⁵⁸⁹ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 205-206.

¹⁵⁹⁰ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 207-212.

¹⁵⁹¹ HELMUT HEISS, "§ 28", cit., p. 812.

¹⁵⁹² KURT BALLERSTEDT, "Recensão a Reimer Schmidt...", cit., p. 85; já JOSEF ESSER, *Recensão a Reimer Schmidt, "Die Obliegenheiten"*, *Journal*, Issue, 1955, pp. 49-52, p. 50, afirmava a improdutividade deste tratamento do conceito de obrigação através de axiomas filosóficos não verificáveis. Censura que apenas a esta tese concerne – e que foi apontada por KURT BALLERSTEDT, "Recensão a Reimer Schmidt...", cit., p. 85 – é ainda a da extensão demasiada do conceito de *Obliegenheit*, que, nomeadamente, incluiria entre os *Tatbestände* teleológicos certas *Obliegenheiten* que limitariam o direito do credor num contrato sinalagmático – caso das *Obliegenheiten* de aceitação, de tempestividade na anulação por erro, não vendo Ballerstedt qual o ganho obtido com tal colocação de um ónus ao lado de cada direito.

B. Crítica da qualificação a partir da ausência de consequências coercitivas ou indemnizatórias

Aduz-se, desde logo, que a qualificação a partir da especificidade da consequência assentaria num vício lógico, já que faria entrar na definição aquilo que logicamente apenas poderia ser uma consequência¹⁵⁹³. De resto, nem todos deveres jurídicos fundariam direitos de exigência coactiva ou indemnizatória – não os funda, vg., a obrigação natural¹⁵⁹⁴.

A crítica provém ainda de um plano valorativo e metodológico, questionando o que se deve entender por dever. Assim, na recensão à obra de SCHMIDT, ESSER verbera a primazia dada às consequências jurídicas, em detrimento dos conceitos de dever e contrariedade ao dever, dotados de um conteúdo valorativo. *A análise do mero ponto de vista da sanção não forneceria qualquer distinção convincente entre verdadeiras violações de obrigações e a transferência de danos com fundamento na imputação social de riscos* – caindo-se, ao contrário do pretendido, num empirismo divorciado da vida real¹⁵⁹⁵. Mais recentemente, aponta-se ainda, na linha das críticas a um "pensamento por acções", que a definição de obrigação jurídica através da nota da coercibilidade corresponderia ainda à visão romanística que não dissociava a *actio* da *obligatio* – o que ignorava a evolução, na esteira nas concepções de WINDSCHEID acolhidas no BGB, dos direitos como pretensões materiais, independentes de uma queixa. Mais ainda quando, com a concepção da relação obrigacional como relação jurídica complexa, se reconhece que há deveres jurídicos não coercíveis¹⁵⁹⁶.

Foi ainda repetidas vezes afirmado – ainda antes de o ponto ter servido de eixo ao pensamento de SCHMIDT – que a exoneração, total ou parcial, do segurador, não é, de toda uma sanção suavizada¹⁵⁹⁷. Pelo contrário, seria muito mais drástica para o onerado do que a que resultaria das regras gerais, já que permite,

¹⁵⁹³ ERICH PRÖLSS, *Versicherungsvertragsgesetz*, cit., p. 23.

¹⁵⁹⁴ ERICH PRÖLSS, *Versicherungsvertragsgesetz*, cit., p. 23; já antes, CARL RITTER, *Das Recht...*, cit., p. 33, assinalava que nem a execução específica, nem a potencialidade de consequências indemnizatórias são notas necessárias da identificação de um dever jurídico, podendo a violação deste vir associada a outras consequências desfavoráveis, como a perda de um direito.

¹⁵⁹⁵ JOSEF ESSER, *Recensão a Reimer Schmidt...* cit., pp. 50-51.

¹⁵⁹⁶ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., sobretudo pp. 252 e ss.

¹⁵⁹⁷ CARL RITTER, *Das Recht...*, cit., p. 36. Enfático é neste ponto ALBERT EHRENZWEIG, *Versicherungsvertragsrecht I...* cit., pp. 277, 280-281 e 283, que considera a *Verwirkung* "die schwerste aller Zivilstrafen, die die Verletzung einer Vertragspflicht nach sich ziehen kann" (p. 283); mesmo HANS JOSEF WIELING, "Venire...", cit., p. 346, em nota, o salienta; cfr. ainda JÜRGEN PRÖLSS, § 28, cit. nm. 38, HELMUT HEISS, "§ 28", cit., nm. 45, SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 13-14 e 200.

extrajudicialmente, impor uma *consequência que* – no caso da *Verwirkung* – *pode ser superior ao valor dos danos causados com o incumprimento*.

Era do confronto da insuficiência dos remédios comuns – execução específica, condenação ao cumprimento ou execução por equivalente – face às necessidades de protecção da empresa seguradora que tinha surgido a solução legal de abertura ao segurador da possibilidade de se servir da *Verwirkung*. A exigência do cumprimento coercivo seria amiúde falha de sentido face aos deveres de informação, já que, aferindo-se o seu incumprimento, a prestação deixaria de ter objecto; e, face aos deveres de conduta, as alterações introduzidas na situação através do incumprimento tão-pouco poderiam ser sanadas *a posteriori* por aquela exigência. Também a pretensão indemnizatória poderia dar pouca satisfação aos interesses do segurador, dada a necessidade de prova da violação. O segurador vê os seus interesses muito melhor servidos com esta possibilidade de satisfação extrajudicial do seu direito¹⁵⁹⁸. Convence pouco a ideia de que os seguradores se contentariam com a imposição de deveres menores quando estão em causa os seus interesses. A sua previsão fazia, mesmo, prova plena de que estaríamos perante uma verdadeira vinculação. Esta aparecia, aliás, em sede geral associada ao incumprimento do que a lei considera serem verdadeiros vínculos¹⁵⁹⁹.

C. Crítica da avaliação do substrato de interesses: o cumprimento das *Obliegenheiten* não serve apenas ou sobretudo o interesse do segurado

Como vimos acima, os defensores da *Voraussetzungstheorie* avaliam o interesse, que reconhecem exclusivamente ao segurado¹⁶⁰⁰, por referência ao

¹⁵⁹⁸ Já assim, CARL RITTER, *Das Recht...*, cit., pp. 36-37, sublinhando antes que se tinha tratado de buscar uma sanção mais violenta para o incumprimento, por se considerar que as consequências jurídicas comuns não davam satisfação bastante aos interesses do segurador. SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 221-223.

¹⁵⁹⁹ ALBERT EHRENZWEIG, *Versicherungsvertragsrecht I...* cit., pp. 277 e 280-281, referindo-se ao § 360 do BGB, na versão anterior a 2001.

¹⁶⁰⁰ A crítica não procede, pois, em relação a Schmidt (contra o que parece pretender HELMUT HEISS, "§ 28", cit., p. 811, invocando bishoff) que, como se viu, considerava que as *Obliegenheiten* serviam o interesse de ambas as partes. Segundo SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 213 e ss., esta ideia veio já dos escritos de Siber, que abordava as obrigações em sentido não próprio, cujo cumprimento não outorgava o direito a uma indemnização (aparentemente, reportava-se, vg., ao facto de o direito do credor hipotecário sobre o garante estar subordinado à excussão prévia do devedor principal – § 771, 1 BGB). O autor consideraria que nem o legislador nem o interesse da contraparte exigem por vezes uma actuação específica do devedor. À contraparte conviria até mesmo uma omissão/incumprimento do devedor, já que tal incumprimento traria à primeira consequências favoráveis (vg., o garante não veria executada a hipoteca caso o credor hipotecário "onerado" com a excussão a não tivesse levado a cabo).

momento em que este incumpra, tendo então interesse em não ver o seu direito decair. A crítica ao ilogismo desta avaliação do substrato de interesses é já tradicional, bifurcando-se em duas asserções.

Em primeiro lugar, seria improcedente afirmar que a diferença específica destas posições residia em o respectivo onerado ter um interesse em não sofrer uma consequência jurídica desfavorável no caso de incumprimento – igual interesse teria um devedor face às consequências do seu incumprimento¹⁶⁰¹. Em segundo lugar, afirmar que o segurador não teria interesse no cumprimento destas exigências de conduta, ou teria mesmo interesse no seu incumprimento, corresponderia a uma avaliação distorcida do contexto. Não era, desde logo, o incumprimento que avantajava o segurador – bastava pensar na hipótese em que este não fosse detectado – mas sim a invocação por este da consequência jurídica da *Verwirkung* associada a incumprimento¹⁶⁰². E, mesmo assim, não seria de desejar ao segurador, do ponto de vista da política negocial, que tal avantajamento se manifestasse de modo massivo. O interesse a avaliar é, sim, o *interesse servido com o acatamento destas condutas* – e este é, inequivocamente, o do segurador, bem como, para alguns autores, o da mutualidade de segurados. Na verdade, a não ser de uma perspectiva inteiramente cínica, não se poderia justificar a previsão de um dever de comportamento cujo incumprimento acarretasse consequências tão gravosas como a perda do direito relacionado quando não houvesse um interesse minimamente relevante, que não mesmo preponderante, da outra parte¹⁶⁰³. Alguns autores rematam esta leitura da alocação do interesse no cumprimento com a conclusão de que, em regra, o interesse do segurado no cumprimento das *Obliegenheiten* apenas surgiria com a ameaça das consequências do incumprimento¹⁶⁰⁴.

Tanto a especificidade da sanção, como a especificidade da alocação de interesses foram – ao menos, desde SCHMIDT – usadas para defender que não haveria, em face da violação das *Obliegenheiten*, uma verdadeira ilicitude, ou ao menos uma ilicitude de densidade valorativa idêntica à que predica a violação de

¹⁶⁰¹ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., p. 217.

¹⁶⁰² ALBERT EHRENZWEIG, *Die Rechtsordnung...*, cit., p. 114.

¹⁶⁰³ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 216-217.

¹⁶⁰⁴ Por exemplo, HELMUT HEISS, "§ 28", cit., pp. 811-812, considera que o tomador de seguro onerado *não teria qualquer interesse* no cumprimento das *Obliegenheiten*, pertencendo tal interesse exclusivamente ao segurador – assim, vg., face aos comportamentos que claramente serviam o interesse do tomador, como a comunicação de uma diminuição do risco, não era, pelo contrário, necessário impor qualquer sanção. O interesse do tomador no cumprimento das *Obliegenheiten* apenas surgiria, tipicamente, com a ameaça das consequências do incumprimento.

deveres¹⁶⁰⁵. Isto veio já com o enquadramento da violação das *Obliegenheiten*, pelo autor, em sede de *venire contra factum proprium* – assim à face do § 254, não era a produção de um dano na própria esfera que era condenável, mas o fazer valer a pretensão indemnizatória. Esta diferenciação do grau de reprovação jurídica foi, porém, desde cedo criticada, não se vendo que houvesse diferença de conteúdo entre o juízo de reprovação num e noutra dos casos¹⁶⁰⁶. Possibilitava-se, ademais – consequência que é também reprovada – o prescindir do requisito da culpa para retirar consequências da violação de um dever jurídico¹⁶⁰⁷.

Um último argumento, de índole pragmática, é o que considera os ganhos de segurança jurídica advindos da aplicação directa do regime do cumprimento e incumprimento das obrigações – especificamente, do regime da responsabilidade pelos auxiliares no cumprimento, já que assim se obviaria aos contornos mais incertos da figuras doutrinárias que a tentaram suprir¹⁶⁰⁸.

§ 6. Versões mais recentes da *Verbindlichkeitstheorie*

Mais recentemente, com a evolução da própria teoria da relação jurídica, são de salientar as teorias que atribuem às *Obliegenheiten* natureza de dever lateral dentro da relação jurídica complexa correspondente ao contrato de seguro. É o caso das propostas de Helmut HEISS e de Susanne HÄHNCHEN, que passaremos a analisar.

A. A tese de Heiss: deveres laterais sujeitos a um regime de incumprimento especial

Heiss considera que se trata de *deveres laterais sujeitos a um regime de incumprimento especial*¹⁶⁰⁹. O autor incorpora na sua argumentação o dado de que o Direito civil conhecia genuínos deveres em cujo cumprimento o credor tinha um interesse, sem que tivesse a faculdade de os impor coercivamente: os deveres laterais; revisita a argumentação que aponta a falta de interesse do segurador em impor coercivamente o cumprimento da *Obliegenheit*; e soma a consideração de que

¹⁶⁰⁵ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 223-224.

¹⁶⁰⁶ ASSIM, JOSEF ESSER, *Recensão a Reimer Schmidt...* cit., p. 51.

¹⁶⁰⁷ KURT BALLERSTEDT, "Recensão a Reimer Schmidt...", cit., p. 82.

¹⁶⁰⁸ HELMUT HEISS, "§ 28", cit., nm. 43.

¹⁶⁰⁹ HELMUT HEISS, "§ 28", cit., sobretudo nm. 40-48.

a VVG não se referia a esta possibilidade para deixar implícito que esta não existiria aqui. Não seria, porém, no entender do A., necessária à defesa da *Verbindlichkeitstheorie*.

Inversamente, *não haveria motivos de carácter material para excluir a possibilidade de indemnização pelo cumprimento*; mas, face ao argumento de que a VVG dava uma regulação especial à matéria, *encontrava-se teleologicamente vedado o recurso àquela regulação mais geral, e também excluída a consequência indemnizatória*. Este regime sancionatório especialmente previsto para as *Obliegenheiten* não deixava, porém, de se aproximar de um regime indemnizatório, materializando a intenção do legislador de aproximar este regime das consequências gerais do não cumprimento contratual: tratava-se, em suma, de um regime adequado ao incumprimento de uma genuína obrigação contratual.

B. A tese de HÄHNCHEN: *Obliegenheiten* enquanto deveres laterais e *Obliegenheiten* enquanto pressupostos

Segundo Susanne HÄHNCHEN, de entre as posições que são geralmente configuradas como *Obliegenheiten*, cumpre fundamentalmente separar entre dois grupos.

Um primeiro grupo concerne às *Obliegenheiten* em relação aos quais se pode dizer que o beneficiário tem *um verdadeiro interesse no seu cumprimento, para lá do interesse na sua mera previsão*: apenas estas devem ser consideradas *Obliegenheiten em sentido próprio*¹⁶¹⁰. Estão nestas condições, segundo a autora, as tipicamente concebidas como *Obliegenheiten* do segurado; como também o dever de colaboração do credor na realização do cumprimento.

A autora define o dever jurídico (*Pflicht*) através de um critério material, atinente ao substrato de interesses, nos termos do qual existe um dever quando *aquele em cujo benefício o dever de outrem é criado, pela lei ou por contrato, tem um interesse no cumprimento do dever (em que o comportamento do obrigado se adequa ao dever) e a repartição geral do risco impõe consequências no caso da violação do dever*¹⁶¹¹. Quando violados, o interesse lesado – na prestação, ou, no caso dos deveres de protecção, na integridade – tem que ser reparado. Ora, a

¹⁶¹⁰ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 103 e 110.

¹⁶¹¹ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., p. 261.

reconhecida incidência de um interesse do beneficiário também no cumprimento do dever é *um traço das Obliegenheiten em sentido estrito, que as acomuna aos deveres principais de prestação, bem como aos deveres de protecção e aos deveres de conduta em geral*. Em todos estes casos, há tal interesse do beneficiário, já que as *Obliegenheiten* servem a delimitação ou cumprimento dos deveres de prestação do beneficiário¹⁶¹².

Neste quadro conceptual, a A. identifica as *Obliegenheiten* em sentido estrito não com deveres principais, mas com *deveres laterais ligados à prestação, e mesmo deveres acessórios de prestação*¹⁶¹³. Distinguir-se-iam, porém, dos demais deveres de comportamento *já que serviriam a delimitação ou cumprimento da prestação do seu beneficiário*¹⁶¹⁴. Assim, por contraposição com os demais deveres laterais, as *Obliegenheiten* teriam frequentemente por consequência o afectar da própria posição de credor do onerado – assim, o tomador de seguro que não cumpra os seus ónus poderá afectar a sua posição de credor da prestação seguradora.

Conspicuamente, *só neste conjunto se exige – e exige-se sempre – a culpa do obrigado para retirar efeitos jurídicos do incumprimento; como apenas aqui poderá fazer sentido debater se o sujeito passivo é responsável pelo incumprimento por parte daqueles por quem responde*. Neste conjunto, cabe ao beneficiário alegar e provar a violação das *Obliegenheiten* – assim, por exemplo, cabe ao segurador alegar e provar a violação da *Obliegenheit* de notificação do sinistro¹⁶¹⁵.

A A. rejeita, em suma, a caracterização destas posições através da consequência jurídica associada ao seu não cumprimento, já que a recondução de uma figura aos deveres/obrigações (*Pflichten*) se abre justamente a uma série de possibilidades em sede de determinação da consequência do incumprimento, não se podendo dizer à partida que uma é mais adequada do que as outras ao caso concreto¹⁶¹⁶. O que acontece é apenas que, no caso das *Obliegenheiten*, se naturalizaram outras sanções mais adequadas.

Um segundo grupo – que é o preponderante em termos de número – concerne

¹⁶¹² SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 103 e 258.

¹⁶¹³ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 258 e ss.

¹⁶¹⁴ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 263-265 e ainda 313.

¹⁶¹⁵ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 104-108. A autora considera que não há aqui lugar à imputação de consequências sem culpa, já que estamos perante uma relação jurídica de carácter jurídico-obrigacional, e não perante danos que a lei atribua independentemente de culpa a um responsável. Quanto ao ónus da prova, cfr. pp. 108-109.

¹⁶¹⁶ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., p. 262.

às *Obliegenheiten* em relação às quais se pode dizer que *o interesse do beneficiário fica satisfeito com a mera previsão/imposição destas condutas* podendo, inclusivamente, em alguns casos, o beneficiário ter mesmo interesse no seu não cumprimento¹⁶¹⁷. Em relação a este segundo grupo, apenas podemos falar de *Obliegenheiten* em sentido amplo¹⁶¹⁸. O segundo grupo concerne, desde logo, às *Obliegenheiten* impostas ao segurador¹⁶¹⁹. Trata-se aqui, no que concerne à actual VVG, da comprovação/exame do risco por parte do segurador, no caso de declaração inicial do risco pouco clara ou insuficiente, cujo incumprimento determina a perda do direito à anulação ou resolução do negócio¹⁶²⁰; da comunicação dos desvios da apólice em relação à proposta contratual ou outras estipulações das partes, cujo incumprimento determina a desconsideração desses desvios, valendo o contrato como concluído sem eles (§ 5 VVG); do que a própria lei qualifica como pressuposto da desvinculação do segurador da prestação, correspondendo a uma *Obliegenheit* de comunicação de que é essa a consequência do incumprimento de ónus de notificação e informação do tomador em caso de sinistro (actualmente, § 28 VVG)¹⁶²¹. Mas concerne ainda às *Obliegenheiten* de declaração e esclarecimento, cujo cumprimento tanto serve a preservação de um direito¹⁶²², como serve a defesa contra determinadas pretensões (podendo, neste caso, o seu incumprimento ter por consequência o surgimento de uma vinculação contratual¹⁶²³). Segundo a autora, em todos estes casos *a previsão normativa de tais exigências não tem por escopo que estas sejam cumpridas*; a função da imposição destes comportamentos é, sim, *a de tornar líquidas questões relativas a contratos ou perturbações da prestação, permitindo uma clarificação imediata das questões e*

¹⁶¹⁷ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., p. 103 e 218.

¹⁶¹⁸ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., p. 110.

¹⁶¹⁹ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 103-104.

¹⁶²⁰ Quando tal dever, que se mostra controvertido, seja de admitir. Cfr. SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., p. 47-49; ver também p. 264.

¹⁶²¹ Quanto a estas duas hipóteses, SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., p. 49.

¹⁶²² Cfr. pp. 78 e ss. É o caso da *Obliegenheit* de proceder à anulação sem dilação culposa, nos termos do § 121 BGB, sob pena de perda deste direito; ou da *Obliegenheit* do ofertante de informar o aceitante do carácter tardio da declaração de aceitação, sob pena de a aceitação valer como tempestiva e se dar o contrato por concluído (e não como nova proposta – cfr. §§ 149-150 BGB)

¹⁶²³ Cfr. pp. 82-83. É o caso da *Obliegenheit* de resposta prevista no § 362 do HGB, que determina que, quem profissionalmente se dedique à gestão de negócios alheios e receba uma proposta relativa à gestão desses negócios por parte de um sujeito com que se encontre vinculado por relação de negócios, deverá responder sem demora, sob pena de se dar a proposta por aceite. E é também o caso de outras hipóteses de associação de consequências jurídicas negativas aos casos de inactividade, quando era razoável exigir a actuação: a *Obliegenheit* de não permitir que se mantenha a aparência de uma procuração – "procuração tolerada" ou "procuração por tolerância" –, quando se conhece esta aparência, sob pena de se ter esta relação de procuração por existente.

*servindo a certeza e segurança jurídicas*¹⁶²⁴. Assim, vg., o dito comprovação/exame do risco por parte do segurador não seria uma verdadeira exigência de comportamento dirigida a este, mas uma mera delimitação do conteúdo do dever de declaração inicial do risco do tomador/segurado¹⁶²⁵. Em conclusão, as *Obliegenheiten* em sentido amplo, embora tenham que ver com um comportamento, não configuram deveres laterais, cumprindo aquelas outras funções.

Aqui a culpa ou ausência dela não tem qualquer relevância para aferir do incumprimento¹⁶²⁶ – por exemplo, o segurador não logra exonerar-se das consequências da falta de comprovação do risco se invocar ausência de culpa. Acresce que aqui tão-pouco tem relevância o regime da responsabilidade por facto de terceiro¹⁶²⁷ – face a estas posições, é apenas decisivo se foram ou não cumpridas, não interessando saber se foi onerado ou um terceiro quem não cumpriu.

Segundo a autora, neste grupo, a distribuição do ónus da prova determina que caiba ao onerado alegar e provar o cumprimento dos ónus¹⁶²⁸.

C. Dilema da tese que concebe as exigências de conduta do segurado como verdadeiros deveres: a criação de deveres na esfera de terceiro

A precípua dificuldade enfrentada pelas teses que concebem estas posições como verdadeiros deveres jurídicos, idênticos aos demais, reside na conciliação de tal natureza com a frequente criação destas posições na esfera de terceiro, como ocorre nos seguros por conta de outrem. Se se tratasse de verdadeiros deveres, estaríamos aqui perante manifestações dos ilegítimos contratos "zu Lasten Dritter"¹⁶²⁹. Já BALLERSTEDT saudava, como resultado especialmente persuasivo da teoria das *Obliegenheiten* de REIMER SCHMIDT, o facto de permitir enquadrar correctamente o seguro por conta de outrem, permitindo conciliar a criação destas posições para o terceiro segurado com a proibição dos contratos criadores de deveres para terceiros¹⁶³⁰.

A assimilação deste – confessadamente importuno¹⁶³¹ – escolho tem levado os

¹⁶²⁴ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp... e p. 315.

¹⁶²⁵ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 48-49.

¹⁶²⁶ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., p. 106.

¹⁶²⁷ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., p. 107.

¹⁶²⁸ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 108-109.

¹⁶²⁹ Já assim, ERNST BRUCK (†)/HANS MÖLLER, *Bruck/Möller, I*, cit., p. 187.

¹⁶³⁰ KURT BALLERSTEDT, "Recensão a *Reimer Schmidt...*", cit., p. 82.

¹⁶³¹ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 225-228 admite que se trataria do único

defensores da *Verbindlichkeitstheorie* a conceder que, estando em causa a sua imposição a terceiros, não se trata de verdadeiros deveres¹⁶³², ou a ensaiar a compatibilização de tal natureza com a sua imposição a terceiro¹⁶³³. Assim, por exemplo, alguns autores invocam os §§ 47 e 179, 3, VVG 2008, que determinam que, no seguro por conta de outrem, *relevam o conhecimento e as condutas do segurado*, para defender que se está aí uma excepção introduzida pelo legislador à proibição dos contratos "zum Lasten Dritter"¹⁶³⁴. Esta leitura não é, porém, isenta de críticas: se se concebesse que se poderia assim criar livremente verdadeiros deveres, *coercíveis e de incumprimento ressarcível*, para o terceiro segurado, estar-se-ia a admitir uma interferência muito gravosa na sua autonomia privada, muito para lá do que parece ter sido a intenção mais limitada do legislador¹⁶³⁵.

Ora, é doutrina pacífica que, não sendo lícito criar deveres na esfera de terceiro, é permitido, em sede de contrato a favor de terceiro, tornar o direito atribuído dependente de determinados pressupostos. Não permitidos são apenas os contratos que interferem numa posição juridicamente protegida e já existente de terceiro.

Para quem nega que, em qualquer caso, possa haver lugar à coerção do cumprimento de *Obliegenheiten* – é a conclusão retirada por HEISS da interpretação do regime vigente –, a conciliação resulta relativamente simples. Sendo as posições em causa deveres laterais *não coercíveis e, para além disso, dada a especial*

argumento à primeira vista convincente: há consenso quanto ao facto de através de contrato não se poder criar deveres para um terceiro.

¹⁶³² Assim, Erich Prölss, defendendo em geral a natureza jurídica obrigacional das posições, acabaria por tratar-se-ia de *Obliegenheiten* no sentido em que considera serem tomadas pela doutrina dominante – ERICH PRÖLSS, ""KFZ-Haftpflichtversicherung § 158 c. f VVG – Der Versicherte kann nur auf den VN, nicht auf den mitversicherten Fahrer zurückgreifen", Anotação ao acórdão do LG Bad Kreuznach de 15.12.1950 (1 S 213/50)", *VersR*, 5, 1951, pp. 118-119, p. 119.

¹⁶³³ Estranha é, nesta sede, a posição de MANFRED WANDT, *Vorbemerkung zu § 28*, cit., nm. 20, 17, 13. O A. admite que a posição jurídica tenha natureza diferente em relação a dois titulares diferentes, o que parece inteiramente correcto. Mas, a propósito do § 30, e louvando-se na fundamentação do projecto, considera que a lei impõe aqui *um ónus ao tomador e um dever ao terceiro*. O que, para além de violar frontalmente a regra jurídica a que vimos aludindo, não tem apoio visível na lei que não seja o uso do termo "Pflicht" – argumento puramente literal que o A. repudia, noutra ponto, em sede geral. O A. diz ainda que a mesma posição jurídica pode ser simultaneamente um dever jurídico coercível do tomador e um seu ónus, ligado a consequências específicas. Trata-se de uma posição inteiramente artificial, já que a violação do dever jurídico pode perfeitamente comportar todos os efeitos jurídicos associados às *Obliegenheiten* (*Verwirkung*, resolução parcial, cláusula penal...). O A. remete ainda para a fundamentação dos §§53 e 54, que não parecem – para além do uso do termo "Pflicht" – dar outra indicação de um regime especial aqui contemplado.

¹⁶³⁴ Trata-se dos §§ 79 e 179 na versão anterior.

¹⁶³⁵ HELMUT HEISS, "§ 28", cit., nm... – mais ainda, no pensamento do autor, se se pensasse que o pagamento do prémio pelo terceiro segurado poderia também merecer a qualificação de "comportamento" e estar sujeito àquelas possibilidades.

regulação dada pela lei às consequências jurídicas do seu incumprimento, não conducentes a pedido indemnizatório, aqui, no pior dos casos, o terceiro segurado perderia o seu direito por força do incumprimento¹⁶³⁶. O que não implica a criação de deveres para o terceiro, mas uma limitação/condicionamento do seu direito.

Também HÄHNCHEN considera que este problema se coloca apenas em face de contratos a favor de terceiro, no âmbito dos quais é possível condicionar o direito do terceiro ao cumprimento da conduta em causa¹⁶³⁷. Decorre da exposição que a A. exclui a possibilidade de exigência do cumprimento destes deveres, já que esta conclui que o terceiro é, assim, livre de cumprir ou não – liberdade que, no pensamento da A., seria também livre de constrangimento económico, já que, ao contrário do tomador, o segurado não teria pago aquela protecção.

VI.3. O debate na esfera italiana

§ 1. Em geral

Na doutrina italiana, o debate faz-se em torno da identificação *de situações nas quais o sujeito, para obter um resultado a si favorável, precisa de conformar a sua conduta a regras jurídicas específicas*¹⁶³⁸ – da qual brota o questionamento do recorte destas situações enquanto genuínas posições jurídicas autónomas.

O passo decisivo para a autonomização dogmática dos "oneri" é identificado com a teoria das regras finais ou normas técnicas, de BRUNETTI¹⁶³⁹: no entendimento do autor, todas as normas do ordenamento, à excepção das normas penais, são normas técnicas. Em diálogo com o conceito kantiano de imperativo hipotético, o autor afirma que, no quadrante jurídico, a par de *regras imperativas*

¹⁶³⁶ HELMUT HEISS, "§ 28", cit., nm...

¹⁶³⁷ SUSANNE HÄHNCHEN, *Obliegenheiten...* cit., pp. 227-228.

¹⁶³⁸ Noção propositadamente aberta – e, como tal, em si desprovida de relevo científico – que colhemos em OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA, "Onere (nozione)", in *Enc. Dir.*, XXX, *Omissione-Ordine*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 1980, pp. 99-113, p. 100.

¹⁶³⁹ GIOVANNI BRUNETTI, *Norme e regole finali nel Diritto*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turim, 1913, pp. 61 e ss. (esp. 73-74, 87-90) e 111 e ss.; VINCENZO DURANTE, "Onere", in *Enc. Giur.*, Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Trecanni, Roma, 1990, pp. 1-10, pp. 1-2, cuja súmula acompanhamos, e NORBERTO BOBBIO, *Teoria da norma jurídica*, Edipro, São Paulo, 2001 (trad. do original *Teoria della norma giuridica*, G. Giapichelli, Turim, 1993, por FERNANDO PAVAN BAPTISTA/ARIANI BUENO SUDATTI), sobretudo pp. 132-135; NATALINO IRTI, "La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere", in *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, NATALINO IRTI (coord.), Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1973, pp. 51-122, p. 72: "[n]el dovere libero della teoria brunettiana riconosciamo la moderna figura dell'onere, sicché i problemi costruttivi e il dibattito dottrinario si legano in indissolubile continuità".

(normas), encontraríamos *regras finais ou normas técnicas*, que *não actuavam sobre a conduta dos sujeitos através de imperativos*, mas através da *subordinação da consecução de um determinado fim à adopção de uma conduta determinada*. A conduta prescrita pelas primeiras merecia a qualificação de *obrigação*, correspondendo à modalidade da *necessidade absoluta*. Já a conduta prescrita nas últimas merecia a qualificação de *dever livre e final*; e a modalidade correspondente a tais regras era a da *necessidade teleológica*. Tratava-se nelas de um *dever final*, porque a *necessidade da actuação não era absoluta, mas relativa à consecução de um determinado fim*; e era um *dever livre* porque *o sujeito era livre ou não de adoptar a conduta em causa* – porém, não a adoptando, não alcançaria a dita finalidade. Assim, estas regras *não eram passíveis de violação*: o não acatamento da conduta era um dos modos de actuação comportados pela norma, correspondendo-lhe a não consecução do dito fim. Por outro lado, este *dever*, sendo livre, e como tal deixado no arbítrio do sujeito, *não era jurídico; mas não era juridicamente irrelevante*, já que era posto como condição para alcançar um fim – esse, sim, jurídico, correspondente à produção de efeitos jurídicos. Face aos imperativos hipotéticos kantianos encontramos, pois, a decisiva diferença de que se nega que a regra final exprima um imperativo, já que o sujeito é livre de não acatar a regra final sem que a viole¹⁶⁴⁰.

Numa segunda fase da elaboração dogmática italiana, a teoria da regra final foi recebida em sede processualista, conjugando-se com a assumida influência dos escritos de GOLDSCHMIDT, e utilizada para descrever os ónus da prova – se o sujeito pretendia obter o efeito jurídico X, deveria provar Y. Aqui, o paradoxo que era também marca de originalidade do pensamento de BRUNETTI aparece já superado: entende-se agora que o momento de liberdade reside na escolha do fim, dela decorrendo a obrigatoriedade do meio¹⁶⁴¹. A figura deixa de ser referida como

¹⁶⁴⁰ Para GIOVANNI BRUNETTI, *Norme...* cit., pp. 64-67, as regras finais não correspondem a imperativos, já que, ao contrário de Kant, o autor não caracteriza a imperatividade por referência à razão (IMMANUEL KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Edições 70, Lisboa, 2014 (trad. do original *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Bruno Cassirer, Berlim, 1922, por PAULO QUINTELA), BA 40-BA 50; PEDRO GALVÃO, "Introdução", in *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Edições 70, Lisboa, 2014, pp. I-LVIII, XXXVI-XL), mas sim num sentido comum, reportando-se aos princípios práticos que se impõem à vontade, não deixando ao sujeito possibilidade de escolha.

¹⁶⁴¹ Esta evolução é cristalina na crítica posterior de NORBERTO BOBBIO, *Teoria da norma...* cit., pp. 134-135, que considera a expressão "dever livre" uma *contradictio in adjectio*. Nas regras finais, o que é livre é o fim – que, se é livre, não é devido; "o que é devido é o meio, mas exatamente pelo fato de ser devido: uma vez escolhido o fim, ele deixa de ser livre". Assim, a norma que prescreve os

dever, e passa a referir-se como ónus; *e perde, ademais, o cunho psicologista – de tensão entre vontade e norma – em prol de um cunho económico – tensão entre acção e satisfação de um interesse/necessidade*. Relevam aqui, sobretudo, os trabalhos de CARNELUTTI e de BETTI, que *trataram também de transpor a figura para o direito substantivo, onde a acomodaram com as situações passivas, sob o manto do dever*. Assim, CARNELUTTI¹⁶⁴² considera que ónus, obrigação e sujeição exprimem uma *necessitas* – um "non poter fare senza incorrere nella sanzione", uma impotência, portanto – imposta para tutela de um determinado interesse – *necessitas* que atingia o grau mais intenso em face da sujeição, em que a possibilidade de escolha do sujeito se encontrava excluída. Já em face da contraposição ónus/obrigação, estávamos perante uma possibilidade de escolha do sujeito, moldada pela titularidade do interesse tutelado. Assim, em face da obrigação, o obrigado escolheria entre a satisfação voluntária de um *interesse alheio*, e a *satisfação coactiva* desse *interesse alheio*: haveria a necessidade de sacrificar um interesse próprio a um interesse alheio. Já em face do *ónus*, o onerado escolheria entre a satisfação de um *interesse próprio* e o *sacrifício de um outro interesse próprio*. Face à obrigação, encontraríamos a contraposição entre acto devido e acto ilícito; ao primeiro correspondia, face ao ónus, o acto necessário; porém, nenhum simétrico haveria da parte do ónus em relação ao acto ilícito. *Não poderia falar-se de ilicitude em relação ao ónus*. A sanção que garantia a obrigação era jurídica, ao passo que a sanção relativa ao ónus era meramente económica, consistente na não consecução de uma utilidade.

Também BETTI configura a relação processual não por referência a direitos e obrigações, mas por referência a poderes e ónus de iniciativa, que têm por objecto *uma actividade própria, ao serviço do próprio interesse e da própria aspiração e às quais corresponde no adversário uma sujeição jurídica eventual* aos remédios que

meios é prescritiva (encerra uma proposição cujo fim é dirigir a acção alheia), sendo permissiva ou inexistente a norma referente aos fins. Deste modo, por exemplo, no momento em que o sujeito decide celebrar um testamento, encontra-se sob a norma permissiva que tanto considera lícito celebrar como não celebrar testamento; mas, uma vez que se decida a celebrá-lo, encontrar-se-á sob a norma prescritiva que lhe impõe dada forma. Tudo o que, como vimos, decorre da aceção restrita em que Brunetti tomava, como vimos, a imperatividade. Veja-se ainda, para a exposição e crítica da tese brunettiana, NATALINO IRTI, "La perfezione...", cit., pp. 54-72.

¹⁶⁴² FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria generale del Diritto*, Foro Italiano, Roma, 1940, pp. 233-235; cfr. ainda 235-236. Para a concepção particular de dever como abstenção que o A. sufraga, cfr. pp. 212 e ss. Note-se que o relevo do ónus não deixava de ser intersubjectivo, já que o interesse próprio que era salvaguardado iria corresponder a um dever nascido na esfera de outro sujeito – cfr. p. 235 e VINCENZO DURANTE, "Onere", cit., p. 3.

se obterá se se lograr determinar a convicção do juiz¹⁶⁴³. Mais tarde, o A. viria a elaborar sobre a figura do *ónus*, explicando *o seu alcance em sede geral*¹⁶⁴⁴. Considera que, *ao contrário do que acontecia com a obrigação, aqui a actuação não era imposta no interesse de outrem, mas sim coordenada a um interesse próprio, correspondendo a sua realização a um efeito útil de consecução de uma vantagem ou evitar de um prejuízo*. Em contraposição à pertinência da obrigação às situações de *responsabilidade*, o *ónus* identifica-se com as situações de *auto-responsabilidade*. Assim, a acção é deixada à iniciativa do interessado, que sofrerá as consequências da sua actuação ou falta dela. É interessante destacar a resposta do A. à crítica movida por autores como WEYL e MAZEAUD, que defenderam que *quando a conduta objecto do ónus entrasse em contacto com uma esfera jurídica alheia – como era o caso, vg., nos contratos –, este seria também imposto no interesse da parte não onerada, não havendo, portanto, que distinguir entre ónus e obrigação*. BETTI não nega que o comportamento imposto possa ser olhado do ponto de vista dos interesses do onerado ou do beneficiário; mas o relevante era perceber qual o ponto de vista decisivo na regulação. Ora, o critério que o autor apresenta para descortinar este interesse decisivo é o (da *ausência*) do *poder de exigir o cumprimento do ónus*: não dispondo dele a contraparte, queria isso dizer que *o seu interesse era, de acordo com o juízo político-legislativo, protegido de modo meramente reflexo*¹⁶⁴⁵.

É interessante ilustrar o alcance que BETTI atribui, pelo menos a partir dos anos '50, à figura do *ónus* enquanto *síntese da auto-responsabilidade do sujeito no exercício positivo da sua autonomia privada*¹⁶⁴⁶ – auto-responsabilidade que o faria arcar com as consequências desfavoráveis do exercício pouco diligente desta

¹⁶⁴³ EMILIO BETTI, *Diritto processuale civile, Appunti delle Lezioni tenute nell'anno 1931-1932=X*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 1932, p. 139 e ss, especialmente p. 140.

¹⁶⁴⁴ EMILIO BETTI, *Teoria...*, cit., sobretudo pp. 112-117, e EMILIO BETTI, "Dovere giuridico, a) Cenni storici e teoria generale", in *Enc. Dir., XIV, Dote-Ente*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 1965, pp. 53-58, pp. 56-58. É clara, neste último escrito, a matriz processualista do pensamento do A., que faz, desde logo, o "onere" equivaler ao "Last", e não à "Obliegenheit".

¹⁶⁴⁵ EMILIO BETTI, *Teoria...*, cit., pp. 112-113.

¹⁶⁴⁶ Especificamente em relação a esta sede, o *ónus* vem entendido como a necessidade de satisfazer exigências positivas que incumbem a quem, aspirando a dado resultado prático, tem interesse na validade ou circunscrita eficácia do negócio que cumpre para alcançar tal resultado; diferentemente, os limites à autonomia privada vem associado aos critérios de índole negativa ligados à admissibilidade do negócio (vg., capacidade das partes, criação de efeitos para terceiro) – EMILIO BETTI, *Teoria...*, cit., p. 102; quanto à articulação da liberdade e da responsabilidade na autonomia privada cfr., por exemplo, p. 162 e SALVATORE PUGLIATTI, "Autoresponsabilità", in *Enc. Dir., IV, Atto-Bana*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 1959, pp. 452-465, p. 455.

liberdade. Na linha de CARRESI, cuja sistemática acompanha¹⁶⁴⁷, BETTI considera serem ónus os *comportamentos requeridos pela lei para que cada uma das declarações de vontade das partes, bem como o negócio no seu todo, pudesse produzir a plenitude dos efeitos – e só estes efeitos – pretendidos por cada um e por ambos os sujeitos*¹⁶⁴⁸. Num esforço de síntese, podemos dizer que estes ónus correspondem simplesmente ao *comportamento que exprime a diligência devida em sede negocial*.

Decorre do exposto que a imperatividade da norma não é óbice ao reconhecimento do ónus – são indisponíveis, *vg.*, os ónus de acatamento de uma forma *ad substantiam*. Assim, a celebração de um negócio ilegal ou irregular, desprovido dos requisitos exigidos por lei, configura o não acatamento de um ónus, colocado ainda ao serviço de interesses próprios. Porém, não seriam já ónus, mas verdadeiros deveres, os que precatavam a celebração de negócios ilícitos, reprovados pelo direito por lesarem interesses da sociedade inteira – *vg.*, a ordem pública ou os bons costumes –, da contraparte – *vg.*, nos casos de conclusão do negócio em estado de necessidade, ou nos casos de lesão – ou de terceiros – *vg.*, actos adoptados em prejuízo dos credores.

É a partir deste *fundus* que, com PUGLIATTI, se sedimenta a visão do ónus como posição jurídica que exprime a auto-responsabilidade, por contraposição à obrigação, que exprime a responsabilidade¹⁶⁴⁹. O autor afirma – de um modo não

¹⁶⁴⁷ FRANCO CARRESI, "Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico", *RTDPC*, 1949, pp. 824-833. Assim, seria um ónus das partes (bilateral, portanto), por exemplo, o de adoptar a forma prevista por lei, ou o de não atribuir ao negócio uma causa ilícita – devendo mesmo falar-se a este propósito, respectivamente, de um *onus de legalidade* e de um *onus de legitimidade*. Deveríamos ainda falar de *onus de prudência*, pelos quais o sujeito garantia que o negócio produzia apenas os efeitos pretendidos – abarcando aqui os ónus de clareza na expressão, ou de conhecimento. Este último grupo, na verdade, retrataria *onus de diligência*, contrapostos a deveres de correcção da contraparte: para lá do dever de correcção de uma das partes, cuja violação implicava a sua responsabilidade, iniciava o ónus de diligência da outra, cujo não acatamento traria consequências desvantajosas à esfera do onerado.

¹⁶⁴⁸ Esta linha de ideias terá tido a sua expressão mais acabada, possivelmente, na tese de Conso, que perfila o ónus como um "instrumento de interpretação sistemática do fenómeno da invalidade" – assim, PAOLA GELATO, "Onere", *in Dig. Civ., XIII*, UTET, Turim, 1995, pp. 59-65, p. 65, que aqui acompanhamos de perto. A invalidade é tida como mera não conformidade do comportamento ao modelo normativo, e a validade como conformidade, habilitando o acto a produzir todos os seus efeitos. Todo o esquema de acto jurídico lícito importaria uma situação de ónus – o ónus de conformidade ao modelo previsto pelo legislador, para lograr a produção dos efeitos a ele associados. Contra esta tese afirma-se que, mesmo face a este conceito lato de invalidade do acto, se se poderia aceitar que o não acatamento de um ónus sempre tivesse tal consequência, não se poderia já aceitar que só ele a tivesse, já que também o não cumprimento de obrigações a podia causar.

¹⁶⁴⁹ SALVATORE PUGLIATTI, "Autoresponsabilità", *cit.*, pp. 455 e ss. O ónus seria, porém, apto a abarcar mais do que as situações de auto-responsabilidade: assim, por exemplo, ao não acatamento de alguns dos ónus de legalidade, particularmente dos que previam requisitos essenciais do negócio

taxativo – que é possível enquadrar a auto-responsabilidade num princípio geral do ordenamento jurídico italiano, acolhido na disposição que acolhe concurso de facto culposo do credor no dano causado pelo incumprimento (art. 1227). Assim, dever-se-ia dizer que, em termos gerais, também a auto-responsabilidade pressuporia a culpa¹⁶⁵⁰. Mas também aqui se deveria atender ao conteúdo das normas especiais desta forma de responsabilidade, que poderiam dispensar a culpa¹⁶⁵¹.

Numa linha de pensamento mais deslaçada ainda da dogmática alemã, o ónus surge compreendido como *uma posição activa ou, em todo o caso, uma posição integrante de uma posição activa*. Podemos detectar aqui uma evolução da referência à auto-responsabilidade, já posta por BETTI. Relativamente a este conjunto pode dizer-se que se procura associar à reconhecida especificidade funcional do ónus também uma especificidade estrutural.

Reconhecendo ainda autonomia ao ónus, encontramos, por exemplo, as reflexões de SANTORO-PASSARELLI. Segundo o A., o ónus não surge contraposto, mas associado ao poder: aqui, ao contrário do que ocorre em face da *potestà* (*hoc sensu*, poder-dever)¹⁶⁵², não estamos perante um poder vinculado, mas perante um poder condicionado¹⁶⁵³. Para realizar o interesse para cuja tutela lhe foi concedido o poder, o respectivo titular não só tem que o exercer, como ainda que *levar a cabo uma actividade distinta, correspondente a certo comportamento*. Ora, este

jurídico, correspondia o não completamento da *fattispecie*, e não uma situação de auto-responsabilidade (pp. 457, especialmente n. 22, e 461).

¹⁶⁵⁰ SALVATORE PUGLIATTI, "Autoresponsabilità", cit., pp. 464-465.

¹⁶⁵¹ Ainda neste conjunto de teorias fortemente enraizadas na leitura de um substrato de interesses, uma *nuance* é introduzida pelo trabalho de R. Resta, de resto baseado no pensamento de Carnelutti. Concebendo, tal como este último autor, o ónus como colocando um conflitos de interesses intra-subjectivo – o sujeito escolheria entre o sacrifício de um ou outro interesse próprio –, Resta sublinha que o ónus só poderia ter relevo jurídico se tivesse relevo intersubjectivo. O ónus apenas teria, pois, relevância jurídica enquanto à *satisfação do interesse subjectivo privilegiado pela sua consequência jurídica viesse também associada a tutela de interesses do ordenamento jurídico*, que teriam a natureza de interesses públicos. Seria, marcadamente, o caso do ónus de propositura de acção judicial para obter a tutela de um direito – que, para além da aparência de tutela de um mero interesse subjectivo do onerado, tutelava verdadeiramente o interesse público na composição judicial dos conflitos de interesses. Para exposição e crítica da teoria, cfr. VINCENZO DURANTE, "Onere", cit., pp. 4-5.

¹⁶⁵² FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generale del Diritto civile*, Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1954, respectivamente, pp. 55-56 e 57-58, usa o termo *potestà* para referir um componente do conteúdo do direito subjectivo, que definiria cabalmente o conteúdo do direito potestativo (aqui, o conteúdo do direito subjectivo é constituído por uma supremacia da vontade do titular, graças à qual (supremacia) este pode isoladamente realizar o seu interesse) e que seria preponderante no caso dos direitos reais, como para designar aquilo que na doutrina portuguesa actual se designa por poder-dever – aqui, o poder não serve o interesse do seu titular, sendo portanto o respectivo exercício vinculado.

¹⁶⁵³ FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generale...* cit., p. 58.

comportamento é livre – a sua observância não determina qualquer sanção –, mas é necessário, já que é condição necessária da realização do interesse. Assim, o ónus seria um dever num sentido efectivamente diverso do que valia para obrigação e para a sujeição.

Algumas teses consideram o ónus como não destrinchável das posições activas: este seria um mero modo de ser de uma *facultas agendi*: designava um poder cujo exercício era necessário à consecução do fim jurídico divisado. Haveria, portanto, uma situação jurídica vantajosa cuja consecução pressupunha a iniciativa do titular – e o ónus consubstanciava essa necessidade prática de um agir¹⁶⁵⁴. Invocando o legado de SANTORO-PASSARELLI, mas inclinando-se decisivamente para esta compreensão do *ónus como um poder descolado das posições jurídicas passivas*, encontramos as reflexões que predicaram a compreensão do contrato a favor de terceiro.

São já conhecidas as dificuldades criadas pela conciliação do princípio da relatividade dos contratos com a imposição do acatamento de certas condutas pelo beneficiário. A concepção do ónus como ligado a um poder irá permitir, porém, que tal ocorra sem atrito, compreendendo-se o ónus a final como parte da ampliação das possibilidades de actuação do terceiro criadas pelo contrato – é assim no pensamento de GASPERONI¹⁶⁵⁵, MAJELLO¹⁶⁵⁶, ou, mais recentemente,

¹⁶⁵⁴ Acompanhamos de perto VINCENZO DURANTE, "Onere", cit., pp. 5-6, segundo o qual, nesta óptica o ónus consubstancia a "necessità pratica di un *agere*, fondata sulla libertà riconosciuta dalla norma al titolare, e, pertanto, diversa dall'immediata *necessitas* d'osservare il comando della norma giuridica, connotante il dovere, sia poi esso assistito o meno da una sanzione". O autor associa a esta linha os nomes de Bolaffi e Bertini.

¹⁶⁵⁵ NICOLA GASPERONI, "Apposizione di oneri al beneficio nel contratto a favore di terzo", *Assicurazioni*, I, 1955, pp. 30-47, sobretudo pp. 39 e ss. O autor rejeita o acomunar, propugnado por Carnelutti, do ónus e do dever sob o pálio da *necessitas* e afirma antes que os ónus resultam de normas com a estrutura de regras finais que, reconhecendo dados fins como jurídicos, fixam os meios que devem ser utilizados para os conseguir, deixando à vontade livre do sujeito a escolha de os actuar ou não. Estaríamos em face de um poder – de uma liberdade de consecução de um dado efeito jurídico e, portanto, da prossecução de um interesse necessariamente próprio. Esta natureza explicava a incoercibilidade do ónus, a cujo não acatamento se adequava apenas a não satisfação de um interesse próprio, nos quadros de uma situação de auto-responsabilidade; e explicava também que em regra o dolo ou culpa fossem irrelevantes para desencadear as consequências do incumprimento. Esta concepção seria a pertinente para lograr uma autonomia dogmática da figura, sem – ao contrário do que faziam as construções que levavam os ónus ao lado passivo – a dissolver nos deveres. E, face a ela, nenhum óbice haveria na compatibilização da contratação a favor de terceiro com a criação de ónus para o beneficiário. A observância destes ónus-poderes seria, assim, um meio para o surgimento ou a não extinção do direito do terceiro beneficiário. Em consonância, no tocante ao Direito dos seguros, NICOLA GASPERONI, "Apposizione...", cit., sobretudo p. 38, vê na declaração inicial do risco um ónus, imposto tanto ao tomador como ao segurado – estaria em ambos os casos em causa o serviço de um interesse pertinente ao onerado, embora concorrentemente se servissem também interesses do segurador; e não faria sentido afirmar que a posição do contraente teria uma natureza distinta da posição do segurado com igual recorte.

¹⁶⁵⁶ Confrontado com a mesma questão dos limites da criação de posições jurídicas para terceiro, UGO MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1962, pp. 162 e ss., *maxime* p. 163, em nota, e pp. 168-169, pronuncia-se por uma resposta bifronte, separando os ónus atinentes ao modo, enquanto cláusula acessória típica, dos ónus propriamente ditos, que faz equivaler aos poderes. No dizer do autor, "potere ed onere sono due diversi aspetti del medesimo fenomeno: precisamente quello di un comportamento lecito, idoneo a modificare, conformemente all'interesse obiettivo del soggetto agente, una situazione giuridica preesistente". Ónus e poder são, pois, duas faces indissociáveis da mesma moeda. Neste sentido, não restariam dúvidas quanto à possibilidade da sua criação para terceiro, já que esta não limita, mas antes amplia as possibilidades do *agere licere* do terceiro. Assim, por exemplo, a adesão por parte do terceiro seria tanto um ónus, como parte do conteúdo de um direito potestativo. Impressivo ressalta ainda o pensamento do autor quando este afirma que "il *potere* e sempre riconducibile al concetto di *onere* se si considera la *necessità* di tenere il comportamento (che si ha il *potere* de effettuare) per modificare la situazione giuridica preesistente". Também os ónus concebidos ao modo do encargo modal – enquanto verdadeiras obrigações, portanto – seriam admissíveis nas atribuições *donandi causa*. E seriam admissíveis porquanto, por um lado, não teriam valor de correspectivo, e por outro, apenas seriam accionáveis nos limites do valor da liberalidade (UGO MAJELLO, *L'interesse...* cit., p. 168).

¹⁶⁵⁷ Coube a OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA, "Onere...", cit., pp. 104 e ss, a autoria de uma proposta segundo a qual o ónus não deixaria de ser uma posição jurídica passiva, exprimindo a necessidade de adoptar um comportamento e mostrando-se, assim, estruturalmente idêntico à obrigação (que alinha, na p. 108, entre os defensores de teorias à sua similares, Santoro-Passarelli). Era, porém, era uma posição jurídica passiva secundária, que vivia dentro de uma posição jurídica activa e principal correspondente a um poder – ao que (usando o termo que Scozzafava evita, por controverso) diríamos, com a terminologia em curso, ser um direito potestativo. Com efeito, corresponde a esta figura jurídica não só a definição – fazendo-a corresponder aos casos em que o sujeito se encontra numa posição de poder em relação a outro sujeito, de modo que o direito pode ser exercitado e o interesse do seu titular satisfeito sem que ocorra a cooperação do titular da situação passiva, que tem que suportar a modificação da sua esfera jurídica sem poder interferir na fase de realização e exercício do direito –, como os exemplos que dela dá OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA, "Onere...", cit., p. 106. Era o caso dos ónus de pré-aviso do comprador, do locatário ou dos restantes sócios, nos casos, respectivamente, do direito de resolução contratual atribuído ao vendedor na venda a retro (1503.), do direito de dissolução contratual atribuído ao adquirente da coisa locada (1603.), do direito de exoneração do sócio na "società semplice" (2285.); do ónus de reembolso do preço, das despesas e de outro pagamento legitimamente feito para a venda, por parte do vendedor a retro (1503.), ou do ónus de pagamento impostos ao proprietário que quisesse obter comunhão forçada sobre o muro do proprietário confinante (874.); e era ainda o caso dos condicionamentos legalmente impostos a estes direitos que, directa ou indirectamente, os subordinassem a uma justa causa (assim, vg., o ónus do mandatário, de não revogar o mandato sem justa causa – 1727.). O ónus substituiu, no seio do direito potestativo, o papel de controlo que a necessária cooperação do devedor desempenhava na generalidade dos deveres, contrapostos a um direito de crédito ou absoluto. Esta necessidade normal da cooperação permitia ao devedor interferir no exercício do direito contraposto, em lugar de guardar a sua tutela exclusivamente para a sede judicial e *ex post facto*. Não existindo esta dependência cooperativa em face dos direitos potestativos, cabia então ao ónus levar à estrutura do exercício do poder este momento de controlo e interferência por parte do afectado.

Se o titular do poder se conformasse com o ónus, o poder actuar-se-ia incondicionalmente, não podendo o sujeito passivo evitar as suas consequências. Se com ele se não conformasse, poderia advir ao titular do poder uma de duas consequências, que corresponderiam a dois diferentes modos de tutela do titular da sujeição: ou uma tutela preventiva, materializada na ineficácia jurídica do exercício do poder, ou uma tutela a posteriori, que não tangia com a eficácia da situação constituída pelo direito potestativo, mas impunha o ressarcimento dos danos causados (assim, vg., nos casos de revogação do mandato, respectivamente pelo mandante ou mandatário – arts 1723 e 1727.). Além desta bivalência categorial – entre posição activa e passiva –, o ónus mostrava também uma bivalência funcional, servindo, em primeira linha, os interesses do titular da situação passiva contraposta ao poder e, em segunda linha, os interesses do titular do poder – cujo interesse era mais directamente servido, claro está, pelo próprio poder. E era esta polivalência funcional a decisiva, no

Numa quarta fase, sobreleva a tentativa de provar a irrelevância do ónus, protagonizada pela influente obra de IRTI¹⁶⁵⁸. Considera o A. que o ónus consubstancia a mera necessidade de actuação de um facto correspondente ao esquema legal: trata-se de uma mera descrição do nexó normativo entre *fattispecie* e efeito, e não já de uma situação subjectiva derivante daquela norma.

IRTI verbera as teorias que fazem assentar o ónus num conflito intra-subjectivo de interesses, resolvido pelas valorações económicas do titular¹⁶⁵⁹. Esta teria um carácter heterogéneo e accidental e, ao contrário da valoração de interesses subjacente à obrigação, seria um puro fenómeno extrajurídico. Se o sujeito optasse pela inércia, todo o processo seria juridicamente irrelevante. Só estaríamos perante um facto com relevo jurídico se o sujeito se decidisse a actuar, pondo em marcha com tal a actuação da *fattispecie*. Segundo o A., se a acção se adequasse ao esquema legal, poderíamos então formular, segundo a teoria do ónus, duas proposições: a primeira, de que o dever de adoptar os meios adequados à finalidade tinha sido cumprido, provocando com tal a satisfação do interesse inerente ao cumprimento do negócio; a segunda, de que o negócio assume por tal a qualificação de acto necessário. Ora, a primeira proposição não exprimia um fenómeno jurídico, mas apenas reconstituía um puro juízo hipotético de conveniência; e a segunda redundava num mero requalificar do negócio, sem que a isso se associassem quaisquer consequências jurídicas. Na verdade, o juízo de necessidade era puramente social e a-jurídico, explicando-se a sua "juridificação" por este ser combinado com a pura descrição do modo de operar da norma. E, no pensamento do A., tão-pouco a consequência do não acatamento tinha carácter jurídico: seria apenas o reflexo psicológico e económico-social do não actuar da *fattispecie* da norma – se esta se não preenche, o acto do sujeito não recebe a qualificação e o regime do negócio programado, podendo receber a qualificação e o regime previstos para uma outra *fattispecie* cujos elementos acabasse por preencher (a atinente ao negócio a que faltassem determinados requisitos) ou, de outro modo, ser remetida à irrelevância jurídica. O mesmo valeria para as construções que inseriam o ónus na

entender do autor, para lograr a autonomia jurídica de uma posição estruturalmente semelhante ao dever.

¹⁶⁵⁸ VINCENZO DURANTE, "Onere", cit., pp. 8-10.

¹⁶⁵⁹ NATALINO IRTI, "La perfezione...", cit., pp. 87 e ss.

fattispecie dos poderes privados¹⁶⁶⁰. Não se tratava, pois, de uma consequência jurídica desfavorável: *no plano jurídico, apenas tínhamos o não desencadear de determinada consequência associada a uma hipótese normativa; apenas no plano psicológico-social tínhamos efectivamente uma consequência sentida como desfavorável pelo sujeito.*

§ 2. Na doutrina seguradora

Em sede seguradora, encontramos, numa primeira fase, sobretudo a transposição da e tomada de posição face à *Voraussetzungstheorie*, temperada, de modo crescente, pelo apelo às construções italianas que concebem o ónus como uma posição activa.

Encontramos em FANELLI uma tomada de posição com certo fôlego, face à construção de ónus enquanto pressuposto¹⁶⁶¹. Perante este recorte, o A. considera que o pensamento alemão teria transposto para o direito material a construção processualística de modo apressado, sem olhar aos seus caracteres específicos, tendo caído num exercício de uma *Begriffsjurisprudenz*. Se era facto que os deveres do segurado pertinentes à declaração inicial do risco e do seu agravamento, à comunicação do sinistro e salvamento, *desafiavam muitos dos caracteres do dever de prestação, não o era menos que não se ajustavam às formas definidoras do ónus.* Mas, compreendendo-se que *o segurador tinha um interesse juridicamente protegido na observância destas condutas* – o que era especialmente claro quando se perspectivava o interesse do segurador não em relação a um contrato específico, mas em relação ao conjunto dos contratos – e que era exactamente *este interesse que as normas em causa protegiam*, então teríamos a *estrutura própria do direito*

¹⁶⁶⁰ NATALINO IRTI, "La perfezione...", cit., esp. 102-112 e 114-118.

¹⁶⁶¹ GIUSEPPE FANELLI, *L'assicurazione privata...* cit., pp. 203-213, retomado em GIUSEPPE FANELLI, "Considerazione sugli oneri nell'assicurazione", *RDComm*, 1946, pp. 159-165, *passim*. O autor toma, especificamente, posição face à concepção do ónus enquanto necessidade de *adoção de determinada conduta para lograr uma vantagem a ela associada* e portanto para *satisfazer um interesse próprio*, sendo como tal essa conduta pressuposto da obtenção de um *efeito útil ao próprio*. A consequência do não acatamento do ónus residiria, como tal, na não consecução deste efeito, não havendo lugar à execução específica ou por equivalente. Mesmo posteriormente, o autor continua a rejeitar a pertinência de tal qualificação, em atenção a um critério atinente quer à natureza do interesse tutelado, quer à natureza da sanção para o inadimplemento. Face aos deveres de notificação do sinistro e de salvamento, seria evidente o interesse do segurador no conhecimento atempado do sinistro e na contenção das suas consequências; e, face à consequência jurídica da redução da prestação do segurador na medida do prejuízo sofrido (1915., 2.º) seria clara a presença de uma consequência indemnizatória. GIUSEPPE FANELLI, "Assicurazione, II)...", cit., p. 17.

subjectivo ao cumprimento e da correlata obrigação. De resto, a consequência prevista pela lei não o contradizia: não havia lugar à acção executiva porque o segurador seria, após o incumprimento, falho de interesse nesta. A consequência jurídica legal equivaleria a uma fixação prévia e preventiva do valor do interesse lesado, tendo *feição indemnizatória*.

Ónus seriam, sim, os previstos noutras normas, à face das quais o *facere* prescrito não seria outra coisa que não um mero pressuposto para a conservação ou aquisição do direito do onerado. Era o caso da comunicação da cessação ou da diminuição do risco (1896 e 1897 do cc), que faziam, respectivamente, cessar o dever de pagar o prémio, ou atribuíam o direito a pagar um menor. Ou do ónus de pré-aviso da intenção de fazer cessar o seguro plurianual, previsto na redacção anterior do 1899. do Codice; ou ainda da comunicação ao segurador da alienação da coisa segura e ao adquirente da existência do seguro (1918, 2.º – sob pena de o alienante continuar vinculado ao pagamento dos prémios de seguro); ou do adquirente de declarar ao segurador que não tinha intenção de ingressar no contrato (1918, 2.º).

Para o A., a qualificação das condutas tidas por *Obliegenheiten* manifesta o seu relevo prático face a três hipóteses: quando a norma *legal ou contratual* que sancione o não acatamento de uma conduta não subordine as consequências à presença de elementos subjectivos de imputação – dolo ou culpa; quando essa fonte normativa não preveja uma consequência para o não acatamento da conduta; e quando, tratando-se de um dever de omissão, a acção vedada fosse cometida por sujeito pelo qual, de acordo com as regras civilísticas gerais, o segurado respondesse. Ora, se estivéssemos *perante um mero ónus*, deveriam ser *indiferentes aqueles elementos subjectivos* para o despoletar da consequência. Face à segunda questão, *embora fosse evidente a necessidade de aplicar uma consequência jurídica, não haveria motivo para preferir uma face a outra*; face à terceira questão, *não haveria porque dar relevo a um não acatamento por alguém diverso do onerado*. Assim se provava novamente que as condutas assacadas às *Obliegenheiten* eram *verdadeiros deveres*, já que feria a sensibilidade jurídica a aplicação a elas daquele regime. Pelo contrário, o seu não cumprimento não relevava se inimputável; no silêncio da lei, determinava o dever de reparar o dano; e o segurado respondia perante o segurador pelos actos dos sujeitos pelos quais fosse responsável, nos termos gerais.

É exactamente perante a *Voraussetzungstheorie* e a crítica que lhe moveu FANELLI que DONATI constrói a sua própria posição¹⁶⁶². DONATI secunda FANELLI no respeitante ao alcance prático da qualificação – se bem que, como veremos, dê respostas diversas às questões colocadas pelo segundo autor. Para o A., tanto a dita tese alemã, como a respectiva crítica assentam sobre igual base: a determinação do interesse protegido pelo dever de conduta. Ora, e tal equivaleria, nos termos expressivos de DONATI, *a assentar sobre areias movediças*. Com efeito, tanto perante as obrigações, como perante as sujeições, como perante os ónus, encontramos-nos perante *relações passivas, já que correspondem a uma impossibilidade, e não a uma faculdade de agir, e são impostas prevalentemente*¹⁶⁶³, *quando não exclusivamente, no interesse de outrem*. A diferença específica entre estas figuras baseava-se não numa diversa alocação de interesses, mas nas consequências jurídicas do seu não acatamento. Ora, as normas *recortavam a relação passiva em causa através da escolha da consequência do seu não acatamento, de acordo com um critério* que podemos (nós) sintetizar como *de proporcionalidade*: escolheriam a consequência que desse tutela adequada aos interesses tutelados, sem impor ao sujeito passivo um encargo maior do que o necessário. Assim, *era através da consequência jurídica prescrita pela norma que se apurava a natureza da posição nela encerrada*; quando faltasse a previsão de uma consequência, dever-se-ia apurar qual a mais adequada a dar tutela aos interesses em causa. Ora, *à obrigação correspondia a atribuição da acção executiva ao credor; ao ónus, a não aquisição ou perda (total ou parcial) de um direito*.

¹⁶⁶² O A. tinha já usado o termo "onere" para qualificar algumas das condutas impostas ao contraente ou segurado, mas sem debater a natureza da figura – ANTIGONO DONATI, *Il contratto di assicurazione del Codice civile, Commento agli artt. 1882-1932*, Rivista "Assicurazioni", Roma, 1943, pp. 96-97 e 173 e ss. Um tratamento detido e tomada de posição surge apenas em ANTIGONO DONATI, *Trattato...II*, cit., pp. 383 e ss.

¹⁶⁶³ Parece-nos importante sublinhar aqui que a colocação do ónus ao serviço do interesse do onerado e de terceiro é ilustrada pelo A. (ANTIGONO DONATI, *Trattato...II*, cit., p. 387) com referência tanto ao ónus de notificação do sinistro – que serve os interesses do segurador, permitindo-lhe apurar a causa e extensão do dano, mas também do segurado, abrindo-lhe a via para a obtenção da indemnização – como com referência aos ónus processuais, que servem tanto o interesse da parte processual onerada, como do organismo processual. Um outro aspecto merece também ser assinalado: o de que, partindo o autor da base da análise do substrato funcional e do acomunamento dos *oneri* entre as posições jurídicas passivas, à semelhança, portanto, de Carnelutti, se destacar deste autor na medida em que atribui aos ónus a possibilidade do serviço de outros interesses que não os do onerado. Bem se compreende, pois, que NICOLA GASPERONI, "Apposizione...", cit., p. 42, em nota, aproxime o seu pensamento ao de Resta.

Nesta base, o A. qualifica como ónus todos os deveres impostos ao contraente ou segurado, pela lei ou pelas partes, em relação ao risco ou ao sinistro¹⁶⁶⁴. Mas o A. qualifica ainda como ónus certas posições por outros A. apartadas daquelas, e por vezes tidas como faculdades – *maxime*, o dever de pré-aviso para evitar o prolongamento tácito do contrato (art. 1899.) e o de comunicar a redução do risco (art. 1897.) para obter a redução do prémio. Não se devia aqui confundir o interesse tutelado pela imposição do dever – sempre o da contraparte – com o interesse afectado pelo cumprimento ou não do ónus – que era o do onerado.

Em todos estes casos, a lei não impunha consequências coactivas, por um de dois motivos. Ou por estas consequências *não lograrem satisfazer cabalmente o interesse da contraparte*, irremediavelmente lesado pelo não cumprimento (vg., no caso da não comunicação do agravamento do risco); ou por se mostrarem *desproporcionadamente gravosas para o onerado*, por comparação com a consequência alternativa do sacrifício de um outro interesse deste sujeito (vg., face ao ónus de não agravamento do risco). Como tal, posições jurídicas similares poderiam ser configuradas pelas partes contratuais como verdadeiras obrigações; ou, nos limites da imperatividade relativa estabelecida pela lei para algumas normas, o ónus legais poderiam ser contratualmente convertidos em obrigações.

A consequência prática desta *irmandade dos ónus face às obrigações em sentido técnico* era a de não ser estranha à primeira figura nem a graduação da consequência jurídica de acordo com pressupostos subjectivos; nem a sua actuação quando o não cumprimento viesse de facto de terceiro pelo qual o onerado respondesse¹⁶⁶⁵. Da sua diferença específica resultava a relevante licitude da sua imposição a terceiro – vg., o segurado no seguro por conta, o terceiro beneficiário, o adquirente da coisa¹⁶⁶⁶ ...

Uma outra tomada de posição face à *Voraussetzungstheorie* distinta ainda das anteriores, é a de GASPERONI¹⁶⁶⁷. O A. começa por rejeitar a valia desta tese no recorte do que sejam ónus: qualificar a observância do ónus como pressuposto para a protecção de um efeito jurídico equivaleria a negar qualquer autonomia conceptual e mesmo qualquer substância à figura – já que há toda uma série de

¹⁶⁶⁴ ANTIGONO DONATI, *Trattato...II*, cit., *maxime* pp. 388-390.

¹⁶⁶⁵ ANTIGONO DONATI, *Trattato...II*, cit., p. 392.

¹⁶⁶⁶ ANTIGONO DONATI, *Trattato...II*, cit., pp. 391-392.

¹⁶⁶⁷ NICOLA GASPERONI, "Contratto di assicurazione (in generale)", in *Nov. Dig. it.*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turim, 1957, pp. 563-609, pp. 604-605.

actos que o sujeito deve cumprir para que logre adquirir ou manter o seu direito, podendo mesmo dizer-se que, nos contratos sinalagmáticos, o cumprimento das respectivas obrigações é também um pressuposto para a aquisição dos correlatos direitos ou pretensões. O A. critica, porém, igualmente, a tese de Donati, rejeitando a ordenação dos ónus entre as posições jurídicas passivas. Demarcando-se das linhas de discussão da doutrina alemã e acolhendo-se às concepções do ónus que fizeram escola sobretudo na Itália, o A. defende que os ónus são posições jurídicas activas, a ordenar entre os poderes jurídicos¹⁶⁶⁸. Assim se lograria cumpridamente, aliás, explicar a sua incoercibilidade; e assim se explicaria também a possibilidade da sua atribuição a terceiro.

Ainda no mesmo arco cronológico, mas contrastando com as tomadas de posição anteriores, é de referir a recepção, por BUTTARO, da *Voraussetzungstheorie*¹⁶⁶⁹, qualificando como ónus a declaração inicial do risco, a comunicação das alterações do risco ocorridas na vigência do contrato¹⁶⁷⁰, bem como a notificação do segurador da ocorrência do sinistro e o de salvamento¹⁶⁷¹. Uma vez que o *codice civile subordina ao correcto cumprimento desse ónus o pagamento da indemnização seguradora*, o seu cabal cumprimento é pressuposto do direito a receber tal indemnização.

Entre a doutrina seguradora mais recente, encontramos um menor interesse pelo debate em torno da natureza jurídica da figura – os autores limitam-se, em geral, a aderir a uma das teses propostas – comumente, do dever jurídico – e a retirar dela efeitos meramente classificatórios. É nesta linha que se inserem, classificando exactamente as posições jurídicas em causa como deveres, SCALFI¹⁶⁷²,

¹⁶⁶⁸ O autor invoca, porém, entre esta linha, o Betti do *Diritto Processuale Civile* de 1936, p. 57, que...

¹⁶⁶⁹ LUCA BUTTARO, "III. Assicurazione...", cit., pp. 483-485. Os poderes seriam atribuídos no próprio interesse dos sujeitos, e assentariam em regras finais no sentido em que as recortou Brunetti: regras que, reconhecendo como jurídicos os fins dos sujeitos, fixariam apenas os meios que deveriam usar-se para os conseguir, deixando na liberdade dos sujeitos a actuação ou não destes meios. Ora, os ónus, estando ligados ao serviço do interesse do próprio onerado, deveriam qualificar-se entre os poderes. Deste modo, o A. critica a tese de Donati, já que esta separaria a titularidade do interesse da titularidade da posição jurídica correspondente: o titular do interesse agravado pelo ónus seria diferente do onerado. Gasperoni admite que o ónus possa servir mediatamente interesses também da contraparte – no caso, do segurador; mas não seria um ónus se servisse exclusivamente estes interesses.

¹⁶⁷⁰ LUCA BUTTARO, "III. Assicurazione...", cit., p. 488.

¹⁶⁷¹ LUCA BUTTARO, "IV. Assicurazione...", cit., pp. 511-513.

¹⁶⁷² GIANGUIDO SCALFI, "Assicurazione (contratto di)", in *Dig. Com., I*, UTET, Turim, 1987, pp. 333-366, p. 359, nega a relevância da figura do ónus em sede seguradora. Em relação às posições jurídicas do segurado tipicamente caracterizadas como tal, estaríamos na verdade *em face de faculdades jurídicas ou então de deveres acessórios*. Seriam, assim, poderes jurídicos, a

BENINI¹⁶⁷³, FARENAGA¹⁶⁷⁴ e ROSSETTI¹⁶⁷⁵. Já a jurisprudência majoritária considera tratar-se, em face da declaração inicial do risco, de um ónus pré-contratual, imposto

comunicação da cessação ou da diminuição do risco (1896 e 1897 do cc), a comunicação ao segurador da alienação da coisa segura e ao adquirente da existência do seguro (1918, 2.º – sob pena de o alienante continuar vinculado ao pagamento dos prêmios de seguro) e a comunicação pelo segurado, da mudança de profissão, em sede de seguro de vida (1926, 3.º, nos termos de cujo dispositivo, uma vez comunicada pelo segurado ao segurador a sua mudança de profissão, este último deveria comunicar-lhe se, nas condições previstas na norma, pretendia propor a subida do prêmio, a diminuição da prestação seguradora, ou se pretendia fazer cessar o contrato). Tratar-se-ia aqui de *poderes unilaterais de modificação do contrato atribuídos ao segurado em conexão com variações do risco* – poderes que o segurado exerceria de modo facultativo, devendo o segurador suportar os respectivos efeitos ou, quando lhe fosse consentido, desvincular-se do contrato. Não exercendo o segurado o seu poder, manteria ou suportaria a imposição de uma situação contratual que não lhe era favorável. *Diversamente*, face aos arts. 1898 (dever de comunicação do agravamento do risco – embora, na verdade, GIANGUIDO SCALFI, "Assicurazione...", cit., pp. 360-361, deixe dúvidas sobre os efeitos jurídicos que atribui à norma em causa. Assim, se na p. 360 rejeita que os efeitos da norma se associem ao incumprimento de um dever (ou ónus) de não agravamento do risco, ou de comunicação de um agravamento – já que os efeitos da norma não são desencadeados pela omissão de comunicação do segurado, mas ocorrem, de todo o modo, em face do facto objectivo desse agravamento do risco, no limite, detectado aquando do sinistro – na p. 361 refere um dever, quer do contraente, quer do terceiro segurado, de comunicar o agravamento) 1910 (dever de informação de que se celebrou um outro seguro sobre o mesmo risco, cuja omissão dolosa implica a perda do direito à prestação) 1913 e 1914, 1 (respectivamente, obrigação de notificação do sinistro nos prazos fixados e obrigação de salvamento, cuja omissão acarreta, nos termos do art. 1915., a perda do direito à indemnização) – ou seja, *face às posições jurídicas que especificamente nos ocupam* –, bem como, em geral, em face da obrigação de comunicação na forma escrita, estaríamos perante *verdadeiros deveres acessórios da obrigação principal (hoc sensu, não em relação de corresponsividade com a prestação do segurador) inspirados na boa fé*. E isto era assim porque em caso de não cumprimento destas obrigações o segurado sofreria as consequências próprias do inadimplemento – ressarcimento ou perda do direito a favor do credor. O mesmo raciocínio valeria, de resto, para os ditos ónus do segurador (pp. 361-362).

¹⁶⁷³ STEFANO BENINI, "§ 1", in *Le assicurazioni, L'assicurazione nei codici, Le assicurazioni obbligatorie, L'intermediazione assicurativa*, ANTONIO LA TORRE (coord.), Dott. A. Giuffrè Milão, 2007, pp. 3-25, p. 20.

¹⁶⁷⁴ LUIGI FARENAGA, *Diritto...*, cit., pp. 195 e ss., *maxime* pp. 195 e 198-199, considerando que se trata de um problema teórico e não prático, parece concluir que se trata aqui de verdadeiros deveres, e não de ónus. As consequências previstas pelo *Codice* para o incumprimento – redução ou perda da contraprestação – correspondem, segundo o A., a um verdadeiro ressarcimento do segurador, dada a alteração do sinalagma contratual induzida pelo não cumprimento, e não à perda de um direito do segurado. A exclusão da exigibilidade coerciva derivava de esta não fazer sentido face aos deveres em causa – *vg.*, face ao dever de notificação de um agravamento do risco.

¹⁶⁷⁵ O autor dá por assente o pressuposto de que a qualificação de uma posição jurídica como ónus exige que o seu incumprimento releve como facto puramente objectivo – sem que se possa, porém, dizer que o A. se desincumbe cabalmente do ónus de fundamentação da posição adoptada. Com efeito, dá como facto assente entre os defensores da natureza de ónus que o seu incumprimento teria que relevar independentemente de culpa. Isto, para além de não ser defendido pela *Voraussetzungstheorie* – não o sendo, assim, por Buttaro, como o autor reconhece (p. 865) –, não o é, designadamente, por Donati, que o autor alinha entre os defensores daquela qualificação. Cfr. MARCO ROSSETTI, *Il diritto...I...* cit., pp. 865-867; mais adequadamente, o autor imputa, em MARCO ROSSETTI, *Il diritto...II...* cit., pp. 46-47, aquela exclusão da relevância de pressupostos subjectivos no incumprimento, à doutrina mais recente – *vg.*, de Scozzafava. Assim, o autor conclui que, à face da comum exigência de culpa pelas *fattispecie* que prevêm a declaração inicial do risco (MARCO ROSSETTI, *Il diritto...I...* cit., pp. 865-867), bem como certos comportamentos relevantes já em fase de execução do programa contratual, estaríamos perante verdadeiros deveres – ou, nestes últimos casos, quando muito face a ónus com uma feição particular (MARCO ROSSETTI, *Il diritto...II...* cit., pp. 46-47 e 50-53)

pela lei como condição de conservação do direito do segurado¹⁶⁷⁶. No tocante aos deveres inseridos na execução contratual, tem-se por posição unânime da jurisprudência superior que a notificação do sinistro configurava um verdadeiro dever – ainda que alguma jurisprudência de mérito o tenha considerado um mero ónus, já que "costituisce un adempimento necessario per far valere il diritto all'indennizzo"¹⁶⁷⁷.

VI.4. Debate em Portugal

§ 1. Em geral

A influência da doutrina italiana é notória nos escritos da maioria da doutrina nacional. Podemos identificar uma corrente maioritária, correspondente, em Coimbra, à posição de MANUEL DE ANDRADE¹⁶⁷⁸ e, na sua esteira, PEREIRA COELHO¹⁶⁷⁹, CARLOS MOTA PINTO¹⁶⁸⁰ e de ANTUNES VARELA¹⁶⁸¹, e, em Lisboa, à posição de GALVÃO TELLES¹⁶⁸² e, mais recentemente, de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS¹⁶⁸³, e que se reconduz às teses de BETTI e CARNELUTTI. Procurando sintetizar esta visão comum, diremos que para esta o ónus se traduz na "necessidade imposta pelo ordenamento jurídico de observar certa conduta a fim de alcançar para si (ou manter) certa vantagem"¹⁶⁸⁴. Embora ónus, dever e sujeição se insiram no lado passivo da relação jurídica, o ónus distingue-se tanto da última como do primeiro. Assim, o ónus está ao serviço de um interesse próprio, enquanto que o dever está ao serviço alheio; e, por contraposição com o dever, que exprime um imperativo absoluto "(deves fazer isto ou aquilo ainda que não o queiras)", o ónus exprime um imperativo meramente hipotético "(tens que fazer isto ou aquilo se

¹⁶⁷⁶ MARCO ROSSETTI, *Il diritto...I...* cit., p. 865.

¹⁶⁷⁷ MARCO ROSSETTI, *Il diritto...II...* cit., pp. 46-47.

¹⁶⁷⁸ MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE, *Obrigações*, cit., pp. 3-5, reportando-se às teses de Carnelutti.

¹⁶⁷⁹ FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *Obrigações*, cit., p. 6.

¹⁶⁸⁰ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão...* cit., p. 373, e CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., p. 188.

¹⁶⁸¹ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, I, cit., pp. 57-61.

¹⁶⁸² INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 9-11.

¹⁶⁸³ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do Direito civil*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 258, dando como exemplo o ónus de denúncia dos defeitos da obra.

¹⁶⁸⁴ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito...* cit., pp. 9-11. Por sua vez, a sujeição exprime a *impotência* de obstar à produção de efeitos jurídicos desencadeados por decisão alheia. Também esta definição nos lembra a de Carnelutti. Como exemplos da figura do ónus, o autor refere o ónus de adopção da forma de escritura pública para obstar à invalidade, o ónus de registar e o ónus de contestar uma acção judicial.

queres obter certo resultado)". Como o salienta ANTUNES VARELA, a lei entrega aos interessados a liberdade de decidir cumprir ou não o ónus, de acordo com as suas conveniências, não havendo qualquer verdadeira sanção – *hoc sensu, reprovação* – associada ao não acatamento¹⁶⁸⁵.

Esta visão é completada por CARVALHO FERNANDES, alinhando, na senda de SANTORO-PASSARELI o argumento já convocado por BOBBIO a propósito do dever livre de BRUNETTI¹⁶⁸⁶. Assim, o autor sublinha que *o acatamento da conduta não é livre: livre é a escolha do resultado pretendido pelo titular*; mas, uma vez escolhido este resultado, devem ser adoptados os meios predispostos pelo direito para o alcançar. Essa escolha permanece, sublinhe-se, inteiramente livre: relevante não é um resultado ser favorável ou desfavorável em termos objectivos, mas apenas ser ou não o desejado pelo sujeito. Tudo ponderado, o autor redefine ónus como a "*necessidade de realizar certo comportamento como meio de realização de certo interesse do onerado*, por este seleccionado"¹⁶⁸⁷.

A ligação entre o ónus e as posições activas surge mais clara, em Lisboa, pela mão já de CASTRO MENDES e, decisivamente, de OLIVEIRA ASCENSÃO; e, em Coimbra, pela mão de ORLANDO DE CARVALHO. ORLANDO DE CARVALHO reconduz o ónus às "diligências a que o titular do direito está eventualmente adstrito para que o direito venha a ser reconhecido ou plenamente exercido"¹⁶⁸⁸. CASTRO MENDES, apresentando do ónus uma compreensão da qual as que vimos acima muito se

¹⁶⁸⁵ Trata-se de um modo de incentivo de determinado comportamento das partes, sem tolher a sua liberdade de escolha – particularmente vívido no processo civil, dada a necessidade de nele conciliar o impulso à actuação das partes propiciadora de uma boa decisão da lide com a vigência do princípio do dispositivo (JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, I, cit., p. 59). O autor ilustra-o, em sede de Direito material, com uma referência ao sector segurador, além da referência aos ónus de denúncia de defeitos, pré-aviso, ou obtenção de consentimento para vender a filhos ou netos. Interessante é a identificação de figuras próximas do ónus nas *restrições ao princípio da liberdade de forma que sejam impostas no interesse de uma das partes e não em nome da segurança do comércio jurídico* – e, por isso, não constituíam verdadeiros deveres (JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, I, cit., p. 60, em nota). Seria o caso da adopção de forma nos contratos de fiança ou doação, que acautelava apenas a parte liberal contra o seu impulso ou leviandade. Aqui se retrata a dificuldade dos autores que concebem os *ónus como deveres livres em separá-los, na estrutura, daqueles comandos que se dirigem também ao exercício de uma faculdade*, mas que não querem deixar de entender como verdadeiros deveres – e, assim, a *necessidade de convocar um critério material para o fazer*.

¹⁶⁸⁶ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do Direito civil, II, Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2010, pp. 654-657.

¹⁶⁸⁷ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria...II...* cit., p. 657. O sujeito pode, assim, não só racional, como legitimamente, optar por não contestar uma acção ou por não denunciar um defeito da coisa adquirida.

¹⁶⁸⁸ ORLANDO DE CARVALHO, "Teoria geral...", cit., p. 154. Ilustravam a figura o ónus de registo da aquisição do direito real sobre imóvel (arts. 413.º, 932.º, 960, 3, do CC e 5.º CRPred) – o ónus da invocação da prescrição e da usucapião (303.º, 1292.º), o ónus da interpelação nas obrigações puras, o ónus da propositura da acção.

aproximam¹⁶⁸⁹, conclui que a estrutura jurídica do ónus se analisa em dois direitos ou faculdades jurídicas de objectos contrários – direito a agir e direito a não agir de certo modo –, cujo exercício deve ser condição necessária e suficiente de determinado resultado jurídico¹⁶⁹⁰. Por sua vez, OLIVEIRA ASCENSÃO, sem citar influências, parece também próximo, vg., de SANTORO-PASSARELLI, considerando o ónus como uma figura com um *carácter misto activo e passivo*, já que o seu conteúdo se exprime pela "outorga de uma vantagem em contrapartida de um sacrifício"¹⁶⁹¹. Na mesma figura do ónus engloba o autor tanto a conduta que o sujeito tem que adoptar, como a vantagem que por tal lhe é atribuída – vantagem que parece ser construída como um direito potestativo, já que, segundo o autor, o ónus teria *por correlato uma situação jurídica passiva de sujeição*. O acatamento do sacrifício para obtenção da vantagem é, porém, inteiramente livre, não havendo ilicitude no não acatamento. O autor dá do ónus o exemplo da *outorga de um benefício fiscal a quem for dador de sangue*, considerando que esta gera uma situação de vinculação do Estado, enquanto credor do imposto: este não pode evitar a extinção do crédito, uma vez verificados os pressupostos legais. Na mesma posição está o devedor interpelado, que não logra obstar ao vencimento da dívida, face ao *ónus de interpelação do credor*. São também ónus os de alegar e provar, no processo civil. Porém, já não é ónus a celebração do contrato para conseguir os seus benefícios.

A doutrina germânica influenciou, por sua vez, o pensamento de HEIRICH HÖRSTER e de MENEZES CORDEIRO, sendo em ambos os casos visível a tripartição *Lasten/Obliegenheiten/Pflichten* que caracterizou aquela doutrina após a tese de REIMER SCHMIDT.

Assim, MENEZES CORDEIRO, sobretudo num primeiro momento, acolhe em

¹⁶⁸⁹ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Do conceito de prova em processo civil*, Ática, Lisboa, 1961, especialmente 438-440. O autor conclui que o conceito de ónus se analisa, por contraposição ao de obrigação, em quatro momentos. Assim, o ónus é imposto por uma norma técnica, ao passo que a obrigação é imposta por norma imperativa; a conduta prescrita pelo ónus é *exercida* no interesse próprio, ao passo que a prescrita pela obrigação é exercida em interesse alheio – e isto, embora a *imposição legal* do ónus sirva um interesse alheio (o autor refere-se a um interesse público, mas na sua análise específica de questões jurídico-processuais); a conduta contrária à imposição é lícita no caso do ónus e ilícita no caso da obrigação; o resultado desta conduta é uma sanção imprópria, meramente económica, ou medida, no caso do ónus, e uma sanção jurídica em sentido próprio no caso da obrigação.

¹⁶⁹⁰ É de sublinhar a referência aos *ónus ditos imperfeitos*, cujo acatamento não é condição suficiente da obtenção do resultado associado à sua prática; e dos *ónus ditos incompletos*, cujo acatamento não é condição necessária da obtenção do resultado associado à sua prática (pp. 439-440). Na opinião do autor, um ónus que fosse imperfeito e incompleto não deveria já ser dito ónus.

¹⁶⁹¹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil, III...* cit., pp. 102-105.

boa medida o pensamento de REIMER SCHMIDT¹⁶⁹². O autor distingue encargo, correspondente à *Obliegenheit* e atinente ao direito material, onde configura um dever no próprio interesse, dos ónus – que, correspondendo aos *Lasten*, têm carácter processual. Numa primeira fase, o autor defendeu que estes últimos designam a *permissão da adopção de certa conduta que deve ser exercida para que se logre obter uma vantagem* (facultativa também, claro está). Posteriormente, veio a rever esta posição, aproximando a *noção de ónus processual da de encargo material*¹⁶⁹³. O autor assinala que a concepção do ónus como permissão patenteia uma visão impertinente do dever jurídico, que conceberia que este só existia onde se cominasse uma sanção coactiva para o não cumprimento. O autor concebe o *ónus*, actualmente, como uma figura de relevo exclusivamente processual, atinente aos *deveres de processo que têm a índole particular de determinarem consequências substantivas*.

Os encargos designam "deveres de comportamento que, funcionando embora também no interesse de outras pessoas, não possam por estas, ser exigidos no seu cumprimento". Perante o seu não acatamento, a ordem jurídica reage apenas "com sanções enfraquecidas, relacionadas com a diminuição da posição jurídica da própria pessoa ligada ao encargo"¹⁶⁹⁴. Exemplos desta figura seriam o encargo do comprador de denunciar ao vendedor o vício ou falta de qualidade da coisa – art. 916.º –, sob pena de caducidade da acção de anulação por erro. Este seria claramente *instituído* no interesse do vendedor, assim não indefinidamente sujeito à anulação; porém, a satisfação do seu interesse atingiria a sua expressão máxima em caso de não cumprimento do encargo. Generalizando, face aos demais exemplos fornecidos, o autor conclui que o encargo tem, pelo prisma da sanção, geralmente que ver com prazos de caducidade¹⁶⁹⁵.

A distinção entre dever e encargo parece provir sobretudo do plano da

¹⁶⁹² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* cit., pp. 766-767.

¹⁶⁹³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, *Parte geral, Tomo I...*, 2005, cit., pp. 358-359.

¹⁶⁹⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* cit., p. 766. Esta posição é mantida em ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, *Parte geral, Tomo I...*, 2005, cit., pp. 359-360.

¹⁶⁹⁵ Outros exemplos seriam o encargo de denúncia do defeito de funcionamento da coisa vendida com garantia dentro dos prazos previstos no art. 921.º, n.º 3, sob pena de caducidade do direito de acção (n.º 4); ou o encargo na venda sujeita a prova, sob pena de produção pelo contrato da plenitude dos seus efeitos (i.e., sob pena de ser dar por verificada uma condição suspensiva e por não verificada uma condição resolutive – cfr. art. 925.º, 2 e 3); seria também um encargo o do proponente, de avisar o aceitante que o contrato se não concluiu em caso de recepção tardia da aceitação, caso o CC não previsse um dever de indemnização dos danos, mas, à semelhança do BGB, previsse a produção de efeitos pela aceitação tardia (229.º, 1, CC e §149 BGB).

sanção: esta, ligando-se, de modo directo, ao comportamento adstrito, justificaria a autonomização da figura, permitindo distingui-la da obrigação natural. Acresce que para determinar o *incumprimento destes encargos seria irrelevante a ausência de culpa*. O autor argumenta, aqui, porém, não a partir da natureza dos encargos, mas a partir do regime da caducidade, a que aqueles se encontram associados. Ora, o regime da caducidade seria rígido, não prevendo soluções que contemplassem o problema da não realização não imputável (328.º CC).

Também HEINRICH HÖRSTER assume o conceito de *Obliegenheiten*, que traduz por incumbências, embora pareça usar o termo ónus em sinonímia. Estas seriam "obrigações para consigo próprio", impostas ao próprio titular *para cuidar dos seus interesses*, sob pena de sofrer desvantagens jurídicas¹⁶⁹⁶. O autor estabelece uma ligação da figura às posições jurídicas activas, considerando que se trata aqui de um correctivo às faculdades que compõem o direito subjectivo. Decisivamente se apartavam dos deveres, já que o seu cumprimento não poderia ser exigido, não havendo qualquer direito a este. Neste incumprimento não haveria culpa em sentido técnico, mas apenas *culpa para consigo mesmo: um negligenciar de direitos ou interesses próprios*. Teríamos um exemplo desta figura no art. 570.º do CC.

Ainda antes de analisarmos o quadrante do Direito dos seguros, convém que façamos duas breves escalas pelos quadrantes que concitam também a questão.

Em primeiro lugar, o da *culpa do lesado*, onde coube a Brandão Proença sopesar a doutrina nacional, sobretudo no contexto da recepção do pensamento de REIMER SCHMIDT¹⁶⁹⁷. Apontando a flutuação doutrinal em torno do uso dos termos ónus e encargo, Brandão Proença reserva o termo "ónus" para o âmbito em análise, visando com tal uma demarcação clara face à *Obliegenheit* de Schmidt, cujo cabimento rejeita em sede de culpa do lesado. Para o autor, no âmbito da auto-responsabilidade, estamos num espaço de tutela de interesses próprios: o cumprimento do ónus serve o interesse do onerado, apenas por via reflexa servindo o interesse – juridicamente não tutelado – do beneficiário. Assim, só na fase ponderativa e de repartição do dano o interesse do lesante-beneficiário seria

¹⁶⁹⁶ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil português, Teoria geral do Direito civil*, Almedina, Coimbra, 1992, pp. 234-235. O autor parece, pois, mais próximo das teorias do pressuposto do que de Reimer Schmidt.

¹⁶⁹⁷ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A conduta...* cit., sobretudo pp. 504-512 e 524-525

avantajado pelo ónus do lesado. A consequência do *não acatamento do ónus* – aqui, a perda de tutela jurídica – *não deveria ser vista como sanção*, mas *como uma mera desvantagem resultante de uma opção deixada à liberdade do sujeito*. Rejeitando o relevo da *Obliegenheit*, enquanto *posição posta ao serviço de dois interesses distintos*, em sede da interacção geral, o autor termina apontando a sua eventual admissibilidade da figura face a *hipóteses legais contratuais*. Nestas, poderia porventura ter relevo jurídico o interesse do beneficiário em que a *Obliegenheit* fosse cumprida.

Em segundo lugar, o quadrante dos contratos a favor de terceiro, no qual a questão da natureza e admissibilidade da imposição de ónus ao terceiro beneficiário é levantada e respondida por DIOGO LEITE DE CAMPOS¹⁶⁹⁸. O autor analisa – e rejeita – uma teoria dimensional, nos termos da qual estaríamos perante um ónus desde que o seu conteúdo económico fosse inferior ao da posição activa correspondente. Depois de um breve excuro, em que tece considerações muito similares às que vimos em GASPERONI e MAJELLO, o autor conclui, de um modo mais restrito do que estes autores que "o que conta (...) para saber se um certo comportamento pode ser imposto ao beneficiário, é só o *facto de alguém poder pretender ou não o seu cumprimento*" (*i.n.*) – e isto, independentemente de a pretensão ser ou não apoiada nos meios coercitivos estatais. Só neste caso o sujeito permanece livre de escolher, porquanto – ainda que o conteúdo económico do ónus possa ser superior ao do direito atribuído – o não acatamento do ónus *não poderá implicar outras consequências que não a perda do direito*.

§ 2. Na doutrina seguradora

Olhemos, enfim, a sede seguradora. Coube a MOITINHO DE ALMEIDA uma ponderada consideração da matéria¹⁶⁹⁹. Assim – e aproximando-se da tese de DONATI – o autor começa por observar que o fundamento da *imposição* de ónus reside na *tutela de um interesse estranho ao do onerado*. Isto seria desde logo visível nos ónus processuais, exemplos clássicos da figura: com a sua consagração

¹⁶⁹⁸ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Contrato...* cit., maxime pp. 115-117. Tal como os autores italianos que referiremos de seguida em texto, o autor descreve o ónus como um poder: o seu titular "tem o direito (o poder e a liberdade) de determinar a sua conduta de modo a obter um dado efeito jurídico que realiza um seu interesse". Sendo poder, é incoercível; e não resulta numa limitação, mas numa ampliação da esfera de possibilidades de actuação do seu titular.

¹⁶⁹⁹ JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., esp. pp. 58-62.

legal servia-se o interesse da boa administração da justiça. O interesse geralmente tido em conta para demarcar os ónus dos deveres era o *interesse concreto atinente à sua observância*. Mesmo aqui, porém, seria errado atribuir ao onerado o interesse exclusivo ou mesmo preponderante no cumprimento: este *interesse era igualmente de terceiros*¹⁷⁰⁰. Simplesmente, no caso dos ónus, o legislador entendia por bastante para tutela destes interesses a previsão da consequência jurídica da *perda, não aquisição, ou modificação de um direito do onerado, que permanecia livre de cumprir ou não*. Esta *faculdade* do onerado e *ausência de ilicitude do não acatamento* era compatível com o escopo da *tutela de interesses de terceiros*, logrado através da previsão daquelas consequências. Donde o autor conclui que seriam ónus as condutas de participação do sinistro e salvamento, impostas ao tomador ou segurado; mas não já a declaração inicial do risco¹⁷⁰¹. Da crítica que o autor faz da tese de DONATI, e que analisaremos de seguida, desprende-se ainda que *para o autor apenas serão ónus os comportamentos que não sejam valorados pela lei como ilícitos*.

Parecendo assim próximo da tese do autor italiano, o autor demarca-se porém decisivamente dela, já que rejeita que o traço distintivo entre ónus e deveres seja a possibilidade – ou sua ausência – de recurso à acção executiva. Segundo MOITINHO DE ALMEIDA, tratar-se-ia de um critério puramente formal e desprovido de interesse prático, já que albergava verdadeiros deveres. Desde logo, porque o recurso à acção executiva estava também excluído em relação ao que se devia entender por verdadeiros deveres, *já que a sua inobservância constituiria sem dúvida ilícito* – era o caso da declaração inicial do risco que, quando não cabal, determinava a anulabilidade do contrato; ou do não cumprimento da promessa de contratar, que determinava a perda do sinal pago. Por outro lado, porque *não bastava a incoercibilidade da conduta para a poder impor a terceiro num contrato a favor de terceiro*. Tal imposição apenas era legítima quando não afectasse negativamente o património do terceiro, apenas afectando o direito que lhe era atribuído pelo promitente; e tal afectação negativa podia acontecer, à luz do critério de DONATI, quando o não cumprimento do ónus pudesse afectar um direito próprio do terceiro, distinto do que lhe tinha sido atribuído pelo contrato a seu favor. Era o caso que

¹⁷⁰⁰ Porém, ao retratar os ónus processuais, o autor afirma que *no seu cumprimento está em causa apenas o interesse do onerado* (p. 60).

¹⁷⁰¹ Cfr. ainda JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato...* cit., pp. 73 e ss, 109 e ss., 205 e ss.

ocorria em face da declaração dolosa do risco, em que o terceiro segurado perdia o direito à prestação seguradora, bem como o seu direito à *restituição dos prémios por si pagos ou devidos*. Neste ponto, se bem lemos o seu pensamento, o autor critica DONATI porque, dada a latitude do seu critério, este abarcava entre os ónus condutas cujo não acatamento dava origem à retenção dos prémios pagos ou devidos, e, como tal, que extravasavam a mera perda do direito à prestação e, assim, os limites do direito atribuído. Para MOITINHO DE ALMEIDA, são, pois, aponíveis pelo contrato a favor de terceiro a este *quer ónus, quer obrigações, desde que se compreendam nos precisos limites do direito atribuído*. Este não seria o caso, como acabámos de ver, face a certas obrigações impostas por lei ao terceiro segurado; mas tal explicava-se pela especial natureza do contrato de seguro, que justificava este desvio ao esquema geral do contrato a favor de terceiro.

MARGARIDA LIMA REGO ocupou-se com a figura dos ónus, que usa em sinonímia com o termo "encargos", desde logo a propósito dos seguros com estrutura de contrato a favor de terceiro, fazendo os ónus coincidir com o recorte do que pode ser imposto ao terceiro-beneficiário¹⁷⁰². Pelo contrato a favor de terceiro apenas se pode atribuir a este sujeito efeitos positivos – ou seja, consistentes na constituição ou modificação favorável de qualquer situação jurídica activa, ou na extinção ou modificação favorável de qualquer situação jurídica passiva –, e não negativos. Os ónus não configurariam efeitos negativos, mas meros *limites do efeito positivo atribuído ao terceiro através do contrato*. Era, assim, condição essencial da imposição de um ónus a *atribuição de uma vantagem que este pudesse limitar*. Assim, a "violação" de um ónus corresponde na verdade à produção, pelo terceiro-segurado ou pelo beneficiário, de um pressuposto negativo do dever de prestar do segurador"¹⁷⁰³. Como ónus é ainda qualificada a exigência de proceder ao pagamento do prémio resultante do dito regime especial dos arts. 58.º a 61.º do RJCS¹⁷⁰⁴. Tal qualificação resulta simplesmente da previsão da suspensão da eficácia do contrato, para ambas as partes, pelo menos até ao momento desse pagamento, acompanhada pela previsão da cessação do contrato automaticamente associada à falta de pagamento do prémio – valendo, assim, este acto omissivo

¹⁷⁰² MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...* cit., pp. 493 e ss, especialmente nota 1322, p. 494.

¹⁷⁰³ MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...* cit., pp. 53 e 620-621, também quanto ao que dizemos de seguida.

¹⁷⁰⁴ MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...* cit., sobretudo pp. 314-318 e MARGARIDA LIMA REGO, "O prémio", cit., pp. 196 e ss.

como declaração negocial de desistência ou não renovação do contrato.

Conquanto a autora não se detenha a tecer considerações gerais sobre a figura que nos prende, *resulta da sua análise a irrelevância de um critério atinente ao substrato de interesses para concluir pela presença de ónus*. O critério ser parece, sim, o da *consequência jurídica associada à não observância da conduta, que deverá esgotar-se na paralisação de um efeito positivo que o onerado retiraria do contrato, deixando-lhe a liberdade jurídica de não cumprir*.

Sem adoptar uma posição muito terminante na matéria, também JÚLIO GOMES parece propender para a qualificação como ónus de certas exigências de conduta – salvamento¹⁷⁰⁵ e (com notória expressão de dúvida) declaração inicial do risco¹⁷⁰⁶ – do tomador e segurado. O autor acolhe para o efeito uma noção relativamente ampla de ónus, defendida em CÈSARO e semelhante à de DONATI, que se desvincula da análise do substrato de interesses e olha apenas a consequência jurídica do incumprimento – no caso do ónus, correspondente à perda de um direito. Assinalando o carácter incaracterístico da exigência de culpa para relevar o incumprimento, bem com o facto de o regime legal do incumprimento retirar o efeito útil às consequências ressarcitórias, o autor salienta que, não obstante, tal qualificação se coaduna melhor com a possibilidade de imposição destas posições a terceiro¹⁷⁰⁷.

Nas análises mais recentes detecta-se, porém, a tendência para falar a este propósito de deveres jurídicos. Assim, ALBUQUERQUE MATOS considera que se trata de verdadeiros deveres, por aplicação do critério da titularidade dos interesses em causa¹⁷⁰⁸. Segundo o autor, os efeitos do não cumprimento dos deveres em causa não se produzem apenas na esfera do segurado ou do tomador, não implicando apenas o sacrifício dos seus interesses. Uma vez que o seu não cumprimento agrava os prejuízos causados pelo sinistro e, como tal, o montante da prestação seguradora, também estaria em causa o sacrifício de interesses do segurador. Estes deveres visariam, na verdade, que a prestação do segurador estivesse sujeita apenas "à álea da vida". Acresce que a diferenciação das consequências do incumprimento em função do grau de culpa conviria também mais à figura do dever jurídico.

¹⁷⁰⁵ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Do dever ou ónus...", cit., p. 3, n. 1.

¹⁷⁰⁶ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "O dever de informação do (candidato a) tomador...", cit., pp. 402-403.

¹⁷⁰⁷ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "Do dever ou ónus...", cit., p. 3, n. 1, e JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, "O dever de informação do (candidato a) tomador...", cit. pp. 402-403.

¹⁷⁰⁸ FILIPE DE ALBUQUERQUE MATOS, "Contrato...", cit., pp. 696-699.

Uma análise cuidada do tema coube recentemente a LUÍS POÇAS¹⁷⁰⁹. O autor começa por rejeitar que exista uma diferença substancial entre ónus atinentes ao Direito processual e os ónus atinentes ao Direito material – estes últimos, como vimos já, por alguma doutrina nacional apartados e designados "encargos" ou "incumbências". Tratar-se-ia, num caso e noutro, da mesma realidade jurídica, como o denotava já o uso corrente do mesmo significante em ambos os casos.

Para o autor, numa formulação que fundamentalmente retoma a de CASTRO MENDES, os elementos distintivos do ónus seriam fundamentalmente quatro¹⁷¹⁰. Em primeiro lugar, este seria estabelecido *no interesse exclusivo – ou, pelo menos, preponderante – do onerado*. O autor explica que isto é assim *porque os efeitos da inobservância só sobre este se repercutem*. O ónus pode ser prosseguido também no interesse de outrem, mas de forma reflexa; ou no interesse da contraparte do onerado, mas nunca exclusiva ou predominantemente. Ora, o não ser o ónus imposto para realização de um interesse alheio explica (em segundo lugar) que o seu *cumprimento ou incumprimento seja axiologicamente neutro*, não resultando de um comando de dever-ser, mas correspondendo em qualquer caso a *uma acção lícita e livre*. Assim, em terceiro lugar, a sua inobservância não comporta uma sanção nem a possibilidade de imposição coerciva, configurando o seu cumprimento, em quarto e último lugar, apenas um meio de alcançar uma vantagem ou evitar uma desvantagem.

Estes vários traços encontram-se entre si interligados. Assim, o facto de o ónus *servir o interesse do onerado explica a sua neutralidade axiológica*; e explica também que, *no plano da consequência jurídica, o não cumprimento do ónus apenas possa implicar a perda da vantagem que lhe vem associada*. Não logrando lesar um direito alheio, não traria outras consequências jurídicas que não essa. De resto, não havendo uma censura associada ao não acatamento, essas consequências ocorreriam automática e necessariamente: seria irrelevante a ocorrência de um específico estado subjectivo do onerado, desencadeando-se as consequências mesmo que o não acatamento fosse determinado por caso fortuito. O ónus não deixaria, porém, de *pressupor a liberdade do onerado e a possibilidade da conduta*. Dadas as consequências de *mero avantajamento económico do onerado decorrentes do cumprimento*, a sua imposição no interesse exclusivo ou dominante de outrem

¹⁷⁰⁹ LUÍS POÇAS, *O dever...*, cit., pp. 643 e ss.

¹⁷¹⁰ Vejam-se as pp. 647 e ss, com súmula na p. 650.

constituiria a negação do sentido da figura, já que o onerado deixaria de ter um estímulo à observância do ónus. Se houvesse, ainda assim, um estímulo axiológico ou normativo à observância do ónus, então estaríamos perante um verdadeiro dever.

Esta seria uma posição passiva quanto às consequências da inobservância e uma posição activa quanto à liberdade de agir. De um prisma económico, seria uma auto-vinculação do indivíduo perante um dado efeito pretendido; e, de um prisma normativo, seria uma *dupla faculdade, de acção ou omissão* – o que novamente atestava a neutralidade da posição.

Aplicando esta moldura conceptual ao regime da declaração inicial do risco, o autor conclui que não se trata aqui de um ónus, mas de um dever de fonte legal e com fundamento na boa fé¹⁷¹¹. Trata-se de uma posição que *vem proteger interesses do segurador e da massa de segurados*, e não do segurado – nem se perceberia a adopção, pelos seguradores, de diligências para controlar a conformidade das informações se assim não fosse. Nem se pode dizer que o cumprimento ou não cumprimento corresponda a uma acção livre e em qualquer caso lícita. A observância da conduta *não está na disponibilidade do onerado*, sendo imposta pela boa fé, correspondendo a um padrão ético-jurídico de conduta previsto e esperado, com um claro sentido normativo. Tão-pouco as consequências do incumprimento se mostravam automáticas ou necessárias, *dependendo*, desde logo, da *deteção do incumprimento* e estando ainda subordinadas a *pressupostos objectivos* (como o prazo face à incontestabilidade) e, sobretudo, a *pressupostos subjectivos*, exigindo-se dolo ou culpa para dotar de relevo o incumprimento – o que salienta a censura subjacente ético-jurídica deste incumprimento.

Não se encontrava a ponderação livre de vantagens e desvantagens própria do ónus¹⁷¹². Nem havia, de resto, aqui uma vantagem que pudesse ser feita cair com o incumprimento. Ao contrário do que acontece, vg., com a participação do sinistro, em que o onerado já dispõe de um direito subjectivo, que pode ser afectado pelo não cumprimento, em face da declaração inicial do risco, o onerado não tem ainda

¹⁷¹¹ LUÍS POÇAS, *O dever...*, cit., pp. 663-664.

¹⁷¹² Ainda segundo o autor (p. 654, em nota), a ponderação que o segurado/tomador realiza ao declarar insuficientemente não é a ponderação económica que subjaz ao ónus – contrato válido e eficaz mediante maiores prémios vs. contrato potencialmente inválido/ineficaz com menores prémios –; nem tal teria sentido num cenário em que se contrata por aversão ao risco. É, sim, uma ponderação económica que pressupõe a violação de um dever ético de conduta, já que o sujeito não se decide de modo correspondente ao segundo termo daquela dicotomia, mas sim pela esperança de que o seu não incumprimento não venha a ter consequências.

qualquer direito: o seu direito só nascerá com a celebração do contrato. De resto, a coercibilidade que caracteriza o dever não estaria ausente do incumprimento destas posições, servindo as consequências previstas no art. 25.º do RJCS simultaneamente finalidades punitivas e preventivas (recusa da prestação pelo segurador, anulabilidade, perda do prémio) e compensatórias (perda do prémio)¹⁷¹³. Outras sanções não se previam porque não dariam igual satisfação ao interesse do credor – vg., o cumprimento coercivo não fazia sentido aqui, como não faz em geral quando a infracção de uma norma se tenha consumado de forma irreversível¹⁷¹⁴.

E dever seria ainda o de declaração inicial do risco pelo terceiro segurado, quando não coincidissem com o tomador. Não se poderia dizer que este dever resultasse para o terceiro do contrato a seu favor – já que os deveres em causa estão antes do contrato, não podendo ter por contrapartida os direitos que este fundará, e que ainda não surgiram. Este dever é, mais uma vez, um dever resultante directamente da previsão legal no art. 24.º do RJCS, abrangendo o tomador e o segurado – que, nos seguros de pessoas, é para o autor a própria pessoa segura –, e que tem como fundamento último a boa fé. O autor configura a existência de uma relação obrigacional sem deveres primários de prestação entre o segurador e a pessoa segura, que surge quando esta é convocada a declarar o risco junto daquele (vg, preenchendo o questionário), impondo-lhe deveres que têm fonte legal no referido art. 24.º¹⁷¹⁵. O facto de não se tratar de um dever contratual tornaria pelo menos secundário o argumento de que não se era parte no contrato em formação. Estas ideias mereceriam, porém, um correctivo: ninguém pode ser considerado parte numa relação jurídica que desconheça. Assim, *o surgimento destes deveres dependeria afinal do seu envolvimento na formação do contrato: da medida em que o terceiro fosse convocado a declarar o risco.*

¹⁷¹³ Para o autor, de resto, a perda do prémio cominada teria natureza indemnizatória, materializando uma indemnização a *forfait*, desempenhando funções indemnizatórias e punitivas (p. 658).

¹⁷¹⁴ O que é o mesmo que dizer tal expediente não faz sentido face a deveres que tenham que ser cumpridos até a um momento determinado – cfr. p. 656, em nota.

¹⁷¹⁵ Não haveria apenas uma relação obrigacional sem deveres primários de prestação entre o candidato a tomador e o segurador. Este dever fundamental de boa fé impõe-se, segundo autor, também "a quem, tendo conhecimento das negociações em curso e conhecendo especialmente bem as circunstâncias do risco, pode compensar a assimetria informativa de que padece o segurador" – p. 670.

VI. 5. Tomada de posição

Discutiremos a questão em relação às posições jurídicas que aqui nos prendem, convocando apenas a título de prova ou potencial contraprova as demais posições jurídicas havidas como ónus.

O mínimo denominador comum que encontramos na identificação dos ónus (compreendendo-se aqui as *Obliegenheiten*) é o de que se trata de *exigências de conduta*¹⁷¹⁶, cujo *incumprimento gera consequências que não transcendem a perda de um direito do onerado* – ainda que a tal consequência possam alguns autores atribuir natureza análoga à de indemnização. Parece-nos ser tal um ponto de partida útil, já que se desincumbe de uma função centralmente pretendida dos ónus: a de circunscrever as exigências de conduta que, por contrato, se pode criar directamente na esfera de terceiro. Face às posições jurídicas que aqui nos prendem, resta saber se isto é sintoma de *uma especialidade da ordenação de sentido prático e normativo em causa*.

Em lugar de petrificar a análise na identificação de um titular do interesse servido, parece-nos *mais útil procurar entender que interesse é este, e qual a sua especificidade face a outros substratos carecidos de tutela em relações jurídicas especiais*¹⁷¹⁷.

Ora, não parece rigoroso falar-se aqui de comandos *impostos em interesse próprio*. Ou esse interesse próprio é perspectivado como *interesse em evitar certas consequências desfavoráveis*, e então tanto descreve esta situação *como a posição de qualquer sujeito perante uma norma perfeita*, que lhe imponha sanções em caso de não cumprimento. A ancoragem do raciocínio neste ponto não seria, pois, mais do que o assumir que não se lograva descortinar um interesse alheio que a exigência de conduta em causa viesse proteger. Ou então, em alternativa, tal interesse é perspectivado como *interesse do próprio na sua conduta, que lhe é imposta*. Mas

¹⁷¹⁶ Assim, relativamente às *Obliegenheiten*, usando o termo "deveres de conduta" ("Verhaltenspflichten") num sentido similar ao da expressão preferida em texto (sem implicar com tal a natureza técnico-jurídica de dever das posições em causa), HELMUT HEISS, "§ 28", cit., nm. 16, diz ser unânime na doutrina a consideração de que é tal a natureza daquelas.

¹⁷¹⁷ Pelo que diremos de seguida, não nos parece, pois, de seguir análises como as de Betti e Carnelutti, que colocam o enfoque na identificação do onerado como titular do interesse servido pelo ónus, dando, ademais, relevo exclusivo ao relevo económico subjacente à actuação do ónus. Como veremos em breve, não é um ponto de vista justo o que os coloca num prisma inteiramente descarnado de valorações jurídicas. Face aos autores subsequentes, que prefiguraram o ónus como figura ancilar do direito potestativo, parece-nos tratar-se de visão redutora – como se afere desde logo face à análise destas figuras, onde tal construção é imprestável.

este não tem relevo jurídico – não é por se querer forçar a protecção dos interesses na integridade da própria esfera que se impõe certas condutas. Tal seria de duvidosa constitucionalidade face à garantia da dignidade da pessoa humana (1.º da CRP) e à tutela do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (26.º CRP), perante as quais as situações de *imposição jurídica de uma tutela dos próprios bens* – ou seja, de limitação da liberdade de acção do sujeito em sua própria protecção – não poderão deixar de se ter por excepcionais¹⁷¹⁸. De resto, tal perspectivização não explicaria a acoplagem de deveres de informação – que não consistem em actos materiais de salvaguarda dos próprios bens – a este conjunto. A inscrição no ordenamento jurídico de limites à actuação do sujeito explica-se, pois, à partida pela *protecção de interesses alheios potencialmente afectados*.

A especificidade destas hipóteses está, como acima se prefigurou, no *tipo de interesse alheio posto em causa pela conduta desviante*. O efeito de tais condutas é, como vimos, o de levar à constituição antecipada ou ampliação do dever de prestação principal a cargo do segurador, agravando uma sua posição jurídica passiva. Do que se trata é de, através da imposição destas condutas conter a atribuição assumida pelo segurador dentro de certos limites. Pelo que, adiantando uma ideia a que tornaremos, diga-se que, nestas situações, *não se descortina – tipicamente – outro dano na esfera do "beneficiário" do ónus que não o que passe pela membrana do dever que lhe é imposto*. Bem se vê, pois, que seja também tipicamente a *exoneração total ou parcial do devedor relativamente ao dever* assim precocemente constituído, ou ampliado, a *consequência jurídica prevista para a violação das ditas exigências de conduta*: manifestando-se o dano apenas através de uma posição jurídica passiva da contraparte, *eliminando-se ou limitando-se esta, erradica-se do mesmo passo o dano*.

O mesmo interesse também poderia ser servido através de tutela indemnizatória. Neste caso, em lugar de se libertar à partida total ou parcialmente o afectado da posição jurídica passiva assim indevidamente empolada, mantinha-se o vínculo na totalidade da sua extensão, facultando-se ao afectado a possibilidade de ir contra o património de incumpridor para recuperar o prestado em excesso. Razões de economia jurídica desaconselhariam sem dúvida esta última solução; mas não há razões valorativas que a vedem.

¹⁷¹⁸ Pense-se no dever de usar cinto de segurança ou capacete, ou no regime das incapacidades negociais.

A consequência jurídica da perda ou redução de um direito – conversamente, da exoneração total ou parcial face a uma posição jurídica passiva afectada pelo incumprimento da exigência de conduta em causa –, aconselhada por razões de economia jurídica, foi justificada pelo seu *carácter mais brando*, que exprimiria – na esteira de REIMER SCHMIDT – a menor intensidade também da ilicitude em causa e/ou se coadunaria com a criação destas exigências de conduta directamente na esfera de terceiro.

Juntando-nos à crítica que em várias oitavas se fez já, nesta sede, ouvir em relação à tese de REIMER SCHMIDT, consideramos incorrecto *apodar de plano a consequência jurídica da perda de um direito como mais branda do que uma consequência indemnizatória*. A sancionabilidade jurídica não requer a coactividade; nem se pode dizer que a coactividade assinale uma área da sancionabilidade em sentido próprio, que se deva erguer acima das suas demais manifestações: a coactividade configura apenas um meio exterior que o Direito usa para realizar parte da sua função sancionatória¹⁷¹⁹. Nos casos em que há lugar à perda da totalidade do direito, *ocorre mesmo mais do que a remoção das consequências do incumprimento da exigência de conduta* – já que se remove a

¹⁷¹⁹ A propósito da sancionabilidade enquanto nota da juridicidade, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Relatório com a justificação do sentido e objectivo pedagógico, o programa, os conteúdos e os métodos de um curso de "Introdução ao estudo do Direito"*, s. ed., Coimbra, 1976, pp. 15 e ss. O Direito é um "dever-ser a que compete ser", valendo enquanto princípio de acção e critério de sanção. A sanção vem aqui compreendida num sentido amplo (aliás "o etimologicamente mais pertinente: *sancio*, de *sanciere*, implica consagrar, tornar *sanctum*, confirmar algo no seu valor autêntico"), exprimindo *a conversão de uma intenção jurídico-normativa nos efeitos que a tornam praticamente efectiva*. Pode tanto ser negativa, como é mais comum, tratando-se então de uma reacção à não observância das prescrições normativas, de uma resposta à violação (função repressiva do Direito); como pode ser positiva, reconduzindo-se então à conversão do normativo jurídico em certos efeitos práticos directamente pretendidos, ou na concessão de adequados efeitos práticos favorecedores do destinatário da sanção (função promocional do Direito – cfr., por todos, NORBERTO BOBBIO, "Sulla funzione promozionale del diritto", *RTDPC*, 3, 1969, pp. 1313-1329, *passim*); como pode não corresponder na verdade a qualquer destas duas modalidades. Como o autor salienta nas pp. 28-35, a sanção distingue-se da coacção, atinente ao uso jurídico da força, implicando a constrição externa ou por meios externos. Não só porque há normas (normas imperfeitas), posições jurídicas (obrigações naturais) e mesmo áreas do Direito (Direito internacional público – afirmação do autor que deve, porém, ser hoje em grande medida temperada) desprovidos de coacção; como porque definir o Direito em termos de coacção implica um *regressio in infinitum* (a coacção que sanciona uma norma jurídica é também ela uma instituição jurídica, devendo haver uma norma que a sancionasse a ela e assim sucessivamente). A sanção não exige a coacção nem em termos conceptuais, nem em termos práticos (a vigência do direito não se funda na coacção, mas na adesão prática e socialmente generalizada da comunidade em que vigora). Pelos mesmos motivos, tão-pouco se poderá dizer, como o pretendeu a doutrina italiana, que esta feição das consequências jurídicas arremeta com o ónus para a banda dos fenómenos meramente económicos, sem relevância jurídica: a sanção jurídica não exige a coactividade, ou sequer a ameaça com consequências jurídicas desfavoráveis, podendo manifestar-se através de normas promocionais.

posição jurídica passiva, na sua totalidade, da esfera afectada, independentemente do valor económico das concretas consequências do seu incumprimento. Nas hipóteses reguladas na lei, é notório o carácter preventivo-repressivo do regime da exoneração total do segurador em caso de actuação dolosa do segurado – sendo tal consequência, *em termos económicos, inquestionavelmente mais gravosa do que o seria a da mera remoção do dano por via indemnizatória.*

Se, não obstante, se permite a criação deste tipo de exigências, por via contratual, na esfera de terceiros em relação ao contrato, é assim *porque a própria estrutura destas consequências jurídicas protege as expectativas do terceiro face ao contrato.* Permitindo a ordem jurídica a criação de um efeito jurídico positivo directamente na sua esfera, não poderá obstar a que esse efeito jurídico positivo emerja nessa esfera com limitações a ele associadas – desde que a esfera do terceiro não possa ser posta em causa por mais do que pela perda do direito. Trata-se aqui de não gerar pelo contrato um efeito jurídico desfavorável directamente na esfera de terceiro – pelo que esse desiderato se verá cumprido *desde que a consequência jurídica do incumprimento, independentemente da extensão dos seus concretos efeitos económicos, não transcenda a remoção do direito criado.* Diversa é a comensuração que se teria que operar para aferir da gravidade objectiva da consequência jurídica: tratando-se aqui de sanções de natureza jurídico-civilística, e não penalística – de índole económica e não pessoal – *insistindo-se numa graduação da gravidade da sanção em causa, não poderia deixar de se atender ao seu impacto económico na esfera do incumpridor, face ao impacto económico negativo que a sua conduta causou na esfera do lesado.* É por esta via metodológica que se detecta, como dissemos já, o carácter mais que meramente reparatório, verdadeiramente preventivo-repressivo da perda do direito à prestação.

O interesse do destinatário do ónus não transcende, portanto, o espectro do dever em que está investido. Aqui chegados, deveremos questionar-nos. Poderemos aqui falar de exigências de conduta que a ordem jurídica pretende ver cumpridas, exprimindo o seu incumprimento um desvalor jurídico? Ou devemos antes focar-nos na ideia de que, porquanto a liberação (total ou parcial) do destinatário do ónus face ao dever que lhe incumbia o veda totalmente das consequências do incumprimento, a conduta não acatada é, em si, indiferente ao ordenamento jurídico? Com esta colocação da questão passamos de um plano meramente

económico, atinente aos interesses, para o ponto de vista que mais relevante orientação pode dar ao intérprete: o jurídico-valorativo, atinente à justiça contratual.

Tal dicotomia é, recorde-se, exactamente a explorada por LOOSCHELDERS, na sua construção de um *analogon* da ilicitude para delimitar a esfera de risco do lesado. É, de entre as teses analisadas, aquela com que nos parece ser mais construtivo o diálogo – findo o qual se tornará também clara a nossa posição relativamente às demais teses consideradas.

A tese de LOOSCHELDERS tem por si o abandono do empirismo (psicologismo de base e economicismo da culpa contra si próprio) que fazia assentar em bases pouco seguras a tese de REIMER SCHMIDT. Logra sobretudo enquadrar a questão na sede em que esta se mostra mais probante: a da delimitação mútua de esferas de risco na interacção humana. Assim, o autor logra a compatibilização dos juízos de dolo e negligência com a ausência de censurabilidade, dando-lhe o sentido de mero critério de alocação de risco. Consegue, pois, explicar convenientemente normas como a que impõe um aparente dever de não agravar o risco – que, pela extensão da conduta que supõe e ingerência que como tal implica, nunca poderia ser construída como *um dever na plenitude do seu sentido* sem choque com a protecção constitucional da liberdade pessoal.

Como vimos, nestas situações, não se descortina outro dano na esfera do beneficiário do ónus que não o que passe pela membrana do dever que lhe é imposto. E por isso tem especial pertinência a ideia de *delimitação de esferas de risco* – mais do que a tem em geral, como *topos* da própria imposição de deveres. Trata-se, procurando concretizar o que está em causa nestas hipóteses, bem como nas de culpa do lesado, da *criação de exigências de conduta cujo não acatamento determina que o onerado deixe de poder assacar determinadas consequências jurídicas desvantajosas à esfera do beneficiário dos ónus* – aqui, deixa de poder imputar as consequências do agravamento do risco, causação do sinistro ou agravamento das suas consequências relevantes (por falta de contenção material ou falta de comunicação) ao segurador; na hipótese de culpa do lesado, deixa de se poder imputar as consequências da conduta co-causadora ou agravante dos danos ao lesante. A *perda ou redução de um direito constitui o modo-de-ser da sancionabilidade jurídica nesta sede*¹⁷²⁰.

¹⁷²⁰ Como veremos de seguida, em texto, trata-se de uma manifestação da sancionabilidade jurídica

Esta construção oferece os mais adequados referentes do dolo e da negligência: estes devem referir-se à conduta que é exigida, e não ao facto posterior de o segurado ou beneficiário vir exigir o cumprimento integral por parte do segurador. E – tornando ao específico objecto da nossa análise – explica também a prática fungibilidade da construção do regime da causação do sinistro como configurando um ónus – eventualmente, um dever – ou uma exclusão de risco. Com efeito, e mais do que da não perturbação da alocação de bens, trata-se à partida do estabelecimento de limites a uma prestação principal, em nome tanto da boa fé, ordem pública e bons costumes (com o que antecipamos considerações de que diremos de seguida), como do que se entende ser o traçado tipicamente pretendido de tal prestação.

A argumentação aqui gira não à volta de considerações de proximidade, causada pelo contrato, face aos bens alheios, ou de frustração de expectativas da outra parte relativamente a uma prestação principal acordada. Gira, sim, à volta da *medida do risco que é próprio do contrato mas que se prende com a conduta da outra parte* – com a medida, portanto, desse risco que se pode considerar transferido. Por isso, aqui a argumentação tem como pólos – *antes da eventual censura ético-jurídica que mereça a conduta do onerado e que, como diremos de seguida, pode estar presente ou ausente* – *de um lado, as expectativas razoavelmente depositáveis na cobertura do risco e, do outro, a sustentabilidade de tal tutela e a oportunidade da sua distribuição pelos demais segurados*¹⁷²¹.

Onde nos afastamos de LOOSCHELDERS é já no seu ponto de partida. Não parece que aqui se possa sempre falar de uma norma de conduta desprovida de conteúdo axiológico. Não temos por correcto que a delimitação de esferas de risco tenha que ser sempre concebida como pura estrutura axiologicamente neutra,

apta a exprimir diferentes sentidos. Se o Direito objectivo, à luz da boa fé, sempre impusesse o acatamento daquela conduta, estaremos perante uma reacção à não observância das prescrições normativas, uma resposta à violação – uma sanção negativa, portanto. Já nas hipóteses em que se trata de uma mera delimitação do risco contratualmente transferido, sem que a conduta imposta tenha em si relevo axiológico, estaremos para lá das manifestações das sanções negativas, na determinação de outros efeitos contrários aos interesses do onerado em face do acatamento de certas exigências de conduta (adaptamos aqui a noção da sancionabilidade própria dos ónus colhida em ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Relatório com a justificação do sentido e objectivo pedagógico, o programa, os conteúdos e os métodos de um curso de "Introdução ao estudo do Direito"*, cit., pp. 26-27, adaptando-a dado o facto de o autor partir de uma noção de base de ónus mais restrita do que a que tomamos como base.

¹⁷²¹ Movendo-se nestas linhas já HANS MÖLLER, "Die Rechtsnatur...", cit., p. 50, referindo-se às exigências de culpa no sentido de demarcarem a fronteira da adequação da delimitação do risco pelo segurador, sendo que a subordinação da cobertura ao pressuposto negativo da actuação sem culpa retiraria valor à cobertura.

constituída por exigências de conduta cujo não acatamento não vem associado a qualquer desvalor. Nem sempre nos bastaremos, pois, com o material fornecido pela estrutura dos imperativos hipotéticos. Como já salientámos, trata-se aqui do mero tomar de empréstimo de uma estrutura, sem que se convoque o sentido kantiano do conceito – que, linearmente aplicado, seria aliás suspeito de trazer lógicas de conveniência, espúrias ao Direito, para uma valoração jurídica¹⁷²². A utilidade de tal estrutura é – como, já antes de LOOSCHELDERS, o afirmou BOBBIO¹⁷²³ – a de permitir exprimir a sancionabilidade jurídica face a exigências de conduta que a ordem jurídica não tem por boas em si mesmas, mas de cujo cumprimento permite que se retirem consequências jurídicas. Esta construção mostra-se sem dúvida útil, por permitir acolher parte importante do espectro de exigências de conduta que pode estar aqui em causa. E – e transcendemos agora a posição de Looschelders – a construção mostra-se ainda útil *por permitir inserir nesse mesmo espectro, sem soluções de continuidade, as soluções em que as exigências de conduta em causa são já correspondentes algo querido pelo ordenamento jurídico – à estrutura, portanto, dos imperativos categóricos*. Esta ductilidade da estrutura da construção de esferas de risco, que permite enjeitar ou acolher o desvalor da acção, manifesta-se na estrutura de LOOSCHELDERS de modo simétrico: do lado do lesante, ocorre tal desvalor; do lado do lesado, este não se coloca. Na nossa construção, tal variedade manifesta-se numa paleta ou leque: face a várias exigências de conduta colocadas pelo ordenamento jurídico a certo sujeito, em relação ao incumprimento de parte delas estará presente a a outra parte ausente o desvalor de acção.

Com efeito, estas normas de conduta não são em si sempre neutras: o retirar do risco em causa da esfera do segurador corresponde *muitas vezes à emanção do princípio da boa fé* – como o documentam a fundamentação directa de exigências

¹⁷²² O que não quer dizer que o ordenamento não organize institucionalmente espaço para e/ou não valore os conselhos técnicos – basta pensar na criação de órgãos ou procedimentos consultivos (NORBERTO BOBBIO, *Teoria da norma...* cit., pp. 99-102). Cfr. um pensamento como o de GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, Arménio Amado, Coimbra, 1977 (trad. do original *Rechtsphilosophie*, K. F. Koehler, Estugarda, 1950, por LUÍS CABRAL DE MONCADA), p. 343, onde não há lugar para a estrutura do imperativo hipotético ("o direito só conhece, pode dizer-se, imperativos categóricos"), e pp. 97-113, cristalizando-se as relações entre Direito e Moral sempre no que parece ser a estrutura do imperativo categórico.

¹⁷²³ NORBERTO BOBBIO, *Teoria da norma...* cit., p. 95: "não se pode negar que há prescrições que assumem a forma de imperativos hipotéticos, quer dizer, de imperativos que não impõem uma acção como boa em si mesma, mas ao atribuir a uma determinada acção uma certa consequência (favorável ou desfavorável), induzem a cumprir aquela acção não por si própria, mas porque ela se torna meio para alcançar um fim (quando a consequência atribuída é favorável) ou para evitar alcançá-lo (quando a consequência atribuída é desfavorável)".

de conduta deste género na boa fé¹⁷²⁴, independentemente de obterem positividade legal ou contratual. Assim, se nada estivesse positivado a respeito, vg., da omissão dolosa de medidas mitigatórias, ou da causação dolosa do sinistro, eles sempre decorreriam da boa fé.

O argumento tradicional para arredar este relevo é o de que o segurador(-devedor) não tem qualquer interesse no cumprimento destas exigências de conduta que têm por escopo delimitar a sua atribuição se lhe for garantido que, em caso de violação de tais exigências, ficará isento de a efectuar, sem perda da contrapartida. Tal não é, porém, o ponto de vista relevante: a questão não é a do que o segurador pode estrategicamente preferir, de um ponto de vista económico, mas *do que deve querer à luz do contrato, uma vez que ingressou numa ordem jurídica criada também sobre a sua vontade privada*¹⁷²⁵. A recusa da visão segundo a qual o

¹⁷²⁴ Argumento que, por exemplo, ERNST BRUCK, "Die versicherungsrechtliche Obliegenheit", cit., p. 167, numa argumentação que é também fruto do tempo em que escreve, descarta sem o aprofundar. Face à previsão nas condições alemãs do seguro marítimo (§ 13 ADS) de que todos participantes actuassem com um máximo de boa fé, o autor considera que tal mais não é do que uma refração do princípio civilístico geral da boa fé, com assento também no BGB, impondo às partes um certo padrão de conduta, mas não lhes impondo deveres concretos.

¹⁷²⁵ De resto, a insistência de DIRK LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit...* cit., pp.... na neutralidade da norma de conduta acaba por assentar demais em argumentos atinentes à estrutura da norma, que não dão indicações conclusivas a esse respeito – assim, *o autor salienta que quando uma norma preveja um dever de indemnizar, sinaliza que se trata de um verdadeiro dever*. Tal corresponde, porém, a fazer decorrer argumentos materiais da pura estrutura da norma, sem que o substrato em causa se altere: a diferença entre uma hipótese e outra não está no plano da conduta exigida ou do seu escopo, mas antes no facto de, na segunda hipótese, o beneficiário do ónus não ser libertado do dever que lhe incumbia, permanecendo a este adstrito em toda a sua extensão e podendo obter satisfação apenas *a posteriori*. Ora, *se se quer autonomizar esta figura a partir de argumentos materiais, a estrutura deveria ser uma decorrência necessária deles*. Por outro lado, o autor acaba deste modo por imputar carga axiológica a uma consequência jurídica que pode ter um impacto muito menor do que o da recusa da cobertura.

O que leva o autor a sublinhar essa vertente inespecífica de interesse próprio consistente na mera evitação de consequências desfavoráveis é o facto de o autor considerar que não há qualquer interesse juridicamente relevante do terceiro lesante (ou da colectividade) nas condutas preventivas ou mitigatórias em si. Salientamos desde logo que não é pretensão deste trabalho tentar uma reelaboração do instituto da culpa do lesado. Sempre diremos, porém, que não nos é evidente tal falta de interesse do lesante nessa conduta – e que a argumentação do autor, límpida noutros pontos, se nos torna aqui pouco transparente. Com efeito, só não haveria interesse do lesante em tal conduta se estivesse excluído à partida que este devesse por ela resolver. Ora, parece-nos tal ponto de partida temerário, considerando que os juízos de causalidade não são naturalísticos, mas normativos, não se podendo dizer que os resultados da actuação do lesado são, num juízo apriorístico, causalmente imputáveis a ele, lesado, e não ao lesante. Os nexos de causalidade são, descontextualizados da análise jurídica do problema prático em que se colocam, potencialmente infinitos. É a recusa de um juízo apriorístico de causalidade que se tem aliás espelhado numa recusa do princípio *casum sensit dominus* como chave de solução para a questão, e para a tomada como ponto de partida do princípio da reparação do dano total – que o autor afirma, aliás, noutros pontos da obra em questão. Descendo a ilustrações mais evidentes das afirmações, não se pode sem mais dizer à partida que as consequências da conduta do lesado adoptada em reacção à lesão sofrida devem recair sobre a sua esfera – mesmo uma inicial pré-compreensão do juízo de causalidade a desenvolver nos indicará como não menos possível uma imputação causal ao lesante. Nem, como é sabido, o juízo sobre

destinatário da conduta não teria interesse no cumprimento, por lhe ser mais vantajoso o incumprimento, conjuga-se ainda com considerações valorativas (e nessa medida acompanhamos quem apoda aquele ponto de vista como cínico): o ponto de partida – sobretudo, em ordenamentos que partem da precedência da execução específica – há-de ser o de entender que *as partes pretendem, em boa fé, o cumprimento do programa contratual desenhado, e não a subtracção às posições jurídicas desfavoráveis que este engendra*¹⁷²⁶. Percebemos melhor a torção valorativa quando a ilustramos com outros exemplos: assim, vg, estando em causa um dever de informação do predisponente que fizesse uso de cláusulas contratuais gerais, diríamos que, sendo este relativo a cláusulas que limitassem direitos do co-contratante ou que lhe impusessem deveres, este não teria interesse no cumprimento de tais deveres de informação, mas sim no seu não cumprimento, já que as cláusulas que os prevêem seriam então excluídas do contrato (arts. 8.º, a) e 5.º). Trata-se de uma visão da interacção contratual como um puro jogo descarnado das coordenadas de sentido próprias da boa fé. Acrescente-se que o desvalor não está, ao contrário do que o pretendeu REIMER SCHMIDT, num *venire contra factum proprium*, mas *logo na actuação especialmente descuidada face ao risco cujas consequências transitaram para a esfera do segurador*. Com efeito, pode nem estar em causa qualquer facto do segurado ou beneficiário da prestação em causa – não se podendo dizer que o exigir da prestação por esta, quando a conduta desconforme seja, vg., do tomador, constitua um *venire contra factum proprium* – já que não há qualquer *factum proprium* anterior. De resto, a culpa não é aferida em relação ao momento da exigência do cumprimento, mas sim em relação ao momento em que a conduta potenciadora do risco se actua.

Porém, nem todas as exigências de conduta positivadas nas leis são justificadas em toda a sua extensão por decorrência directa do critério da boa fé – algumas são puras opções clarificadoras da distribuição do risco subjacente ao contrato, como no caso da *Gefahrstandspflicht*, entre nós não prevista, ou no caso

circunstâncias prévias ao acidente e atinentes à esfera do lesado, que influam na ocorrência da lesão ou medida do dano, exclui à partida que seja o lesante a responder em exclusividade por elas (lembre-se a "eggshell skull rule").

¹⁷²⁶ Como o exprime DAHM, cit. ap. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Curso...* cit., p. 59, "o contrato não realiza apenas um acordo dos interesses de pessoas singulares [...] que se tratem como adversários e procurem os benefícios onde os possam encontrar, mas [...] os contraentes [vinculam-se] uns aos outros como consortes de direito para alcançarem um fim comum e [...] são obrigados a respeitarem-se mutuamente".

de várias das condutas preventivas que o contrato poderá concretamente impor. *A delimitação do risco que tais exigências em si albergam corresponde, nestes casos, apenas a considerações de pura delimitação da prestação, segundo uma alocação equilibrada – e, quando assumida pela lei, tida como modelo de tal equilíbrio – do risco em causa.*

Podemos concluir no sentido de que se trata aqui de ónus jurídicos, já que a consequência jurídica do respectivo não acatamento não ultrapassa a perda de um direito. E é assim porque, face ao substrato económico – plano dos interesses – e valorativo aqui em causa, tal consequência é a mais adequada a uma correcta ordenação das esferas jurídicas. De resto, nas hipóteses que aqui analisamos, dado o facto de a esfera do beneficiário da conduta ser tocada apenas através de deveres de prestação de que este é titular, torna-se claro que o ponto de vista ordenador que logra iluminar a generalidade dos argumentos expendidos é o de que se trata aqui de uma delimitação justa e equilibrada – não necessariamente valorativamente descarnada – de esferas de risco, e não da reparação de um dano autónomo causado nessa outra esfera. A boa fé imporia várias das condutas de que aqui curamos; mas não explica todas. Para integrar num filão explicativo a totalidade das exigências de conduta ligadas ao risco que podem aqui surgir, necessitamos de um operador que permita tirar o foco da valoração da concreta conduta adoptada pelo sujeito ligado ao risco e colocá-lo antes no plano da delimitação equilibrada de esferas de risco em face do contrato.

Tal remete-nos para uma última precisão. Com efeito, conspicuamente desenquadradas desta análise estão as hipóteses em que a violação da exigência de conduta *causa um dano autónomo na esfera do segurador, que não reverbera já através dos seus deveres de prestação em caso de sinistro*. Trata-se, como vimos atrás, das hipóteses em que a violação dos deveres de informação pós-sinistro leva o segurador a incorrer em despesas colimadas a apurar as circunstâncias do dano – o que releva sobretudo em hipóteses de fraude. Nas situações em que a violação da exigência de conduta *causa um dano autónomo* deste tipo, consistente na causação de uma despesa acrescida, a estrutura é, como está à vista, diversa¹⁷²⁷. Nestes casos, a eventual dedução das despesas efectuadas no montante da prestação tem

¹⁷²⁷ Diga-se, de resto, que, quanto mais limitadas estejam as hipóteses de desoneração do segurador em caso de incumprimento do dever de informação pós-sinistro, mais ocasião haverá a que lhe possa ser necessária a realização e custeio de iniciativas probatórias autónomas.

marcadamente carácter indemnizatório, preenchendo a conduta do segurado a *fattispecie* de um dever lateral de informação com escopo de protecção do património do segurador-devedor.

Considerações finais

Regular estas exigências de conduta ligadas ao risco é ao mesmo tempo modelar o risco que transita para a esfera do segurador e o que permanece na do segurado. É consabido que *a criação e modelação de deveres laterais é ela própria um instrumento de distribuição do risco contratual*. Aqui, porém, mais saliente se torna essa *interacção entre esferas de responsabilidade e esferas de risco*. *Estabelecer limiares de responsabilidade pelo cumprimento de deveres de conduta ligados ao risco é ao tempo traçar a linha do risco coberto pelo segurador e do risco retido na esfera do segurado*.

Com efeito, os danos que o incumprimento causa produzem-se primacialmente através da membrana do agravamento dos deveres a cargo do contraparte – pelo que, remover o dano, é aqui delimitar a prestação do segurador. Disso mesmo é testemunha a centralidade da consequência jurídica da exoneração – primeiramente, total e, sobretudo após moderação pelo legislador, também parcial – do segurador. Este é, como vimos, o expediente de que tradicionalmente se servem os seguradores em reacção à violação de exigências de conduta ligadas ao risco – e aquele a que procuraram reagir os ordenamentos europeus, relativamente ao seguro terrestre, a partir do início do séc. XX, tal como já em finais do séc. XIX haviam iniciado uma reacção de limitação do expediente funcionalmente idêntico da exclusão do risco em sede de causação do sinistro. A sua conveniência para o disponente não advém só de permitir uma resposta célere, simples (inicialmente desligada de pressupostos de culpa ou causalidade) e extrajudicial face à violação da exigência de conduta. Advém-lhe também do facto de permitir retirar da esfera do segurador a variação patrimonial desfavorável que lhe adviria de tal violação, porquanto as consequências danosas dela se esgotam tendencialmente na influência que tenham sobre os deveres de prestar do segurador.

Não se trata, pois, de afirmar que os deveres apenas adquiram relevância quando violados, ao modo de um pensamento por acções. Mas, porque o recorte das esferas de responsabilidade se solidariza aqui com o das esferas de risco, não faz sentido debater de um modo estanque os termos em que se pode criar estas exigências de conduta e os termos em que se pode retirar consequências do respectivo incumprimento. A consequência dos expedientes de exoneração total ou

parcial do segurador, ou da exclusão do risco, é também de remoção do dano. Mas vimos que este escopo de pura reparação não explica a dinâmica destes regimes: do que se trata é antes de mais de determinar um *standard* pelo qual se mede a conduta do segurado – digamo-lo metonimicamente – face ao risco, e de, uma vez transgredida tal bitola, manter as consequências da actuação na sua esfera. Porque está em causa um juízo de materialidade do contrato, à luz da sua finalidade, vemos que aquele parâmetro de conduta não se norteia por um puro sentido de atenção para com os bens jurídicos e interesses da contraparte, mas sim que vem concretizar o que se entende ser uma transferência do risco com a densidade necessária a manter a fidelidade ao escopo do contrato.

Tal é notório na mobilização do parâmetro da culpa – que, nas exigências com estrutura de obrigação de meios, é o critério de identificação da conduta incumpridora –, que aqui conhece *nuances* pouco frequentes na responsabilidade contratual geral. Esta não se explica cabalmente se for pensada como parâmetro para uma avaliação desgarrada da conduta do sujeito em relação aos próprios bens, como se o contrato não tivesse lugar; e tão-pouco se explica se for pensada como parâmetro de pura atenção para com os bens do segurador. É na tensão entre estes pólos – no relevo *que a conduta sobre os próprios bens adquire porque o sujeito dispõe da cobertura seguradora* – que o requisito se explica, sendo densificado de modo a balizar quais as consequências de tal actuação que ficam na esfera do segurado e quais as que efectivamente se transferem para o segurador. Foi dessa função que o parâmetro aqui vem desempenhar que descendeu a sua irrupção para valorar a conduta do segurado no âmbito dos seguros terrestres e a sua progressiva graduação – até se instalar, na valoração da actuação do segurado em relação ao risco, na forma mínima de negligência grosseira – com o fito de garantir que o contrato efectivamente cumpria o seu escopo de garantir a liberdade de actuação do segurado gestor do risco.

De resto, sem ter presente esta solidariedade, nem se conseguiria propriamente perspectivar a ofensa que poderia decorrer destes regimes para os direitos de personalidade do segurado – já que, em face da consequência jurídica da exoneração ou exclusão do risco em caso de incumprimento, aquele permaneceria sempre juridicamente livre de não acatar a exigência de conduta. Do que se trata é, pois, de determinar quando é que a sua actuação pode pôr em causa a cobertura pela qual pagou.

Daí não decorre que o parâmetro de actuação redunde num juízo descarnado. Como vimos, este exprime, ao menos num núcleo de hipóteses correspondente às previsões legais, as imposições da boa fé, e por vezes, também da ordem pública e dos bons costumes. A articulação destes deveres de conduta atinentes ao risco seguro com o princípio da boa fé vem, aliás, de mistura com a tradicional qualificação do contrato de seguro como contrato *uberrimae fidei*. Reduzida tal invocação às suas devidas proporções, ela alerta-nos para uma incidência reforçada da boa fé nos aspectos da relação caracterizados pela assimetria informativa – que, porém, não incide apenas sobre um dos lados da relação. Se no tocante às concretas condutas de gestão do risco, tal assimetria tende a favorecer o segurado, já no tocante à valoração dos seus efeitos sobre o risco coberto, tem vantagem o segurador.

Para lá daquele núcleo – em sede, portanto, do recorte de exigências de conduta de sentido análogo por intermédio do contrato –, poderá estar já em causa um puro expediente de delimitação do risco acolhido.

O modelo dado pela regulação legal destas exigências de conduta exprime a bissectriz de uma distribuição equilibrada dos riscos contratuais relativos às condutas de gestão do risco seguro, corporizando a justiça própria do contrato nesta matéria e perfilando-se para ser vertido em relação às exigências de conduta de fonte contratual, quando estas sejam criadas, como geralmente o são, através de ccg. Assim, suprindo a falta, entre nós, de uma norma de captura dos deveres criados por contrato, há que mobilizar os traços fisionómicos do regime legal, ficando face às cláusulas que deles se desviem *indiciado* um juízo de favorecimento desproporcionado do predisponente.

Acresce que a duração do contrato e o polimorfismo das circunstâncias em que se pode colocar uma intervenção do segurado sobre as circunstâncias do risco ou do sinistro explicam o interesse do segurador em consagrar exigências de conduta de *Tatbestand* aberto. Tal interesse depara-se, porém, na ponderação a operar, com a barreira inerente ao sentido do contrato e ao objectivo que este tipicamente serve, e que ditam que, quando aquela abertura seja de molde a tornar indiscernível para o segurado o "produto jurídico" afinal adquirido, se frustra o escopo prático-económico do contrato, atinente ao fornecimento de segurança em certo domínio da existência.

Índice de jurisprudência

Portuguesa

Os acórdão do Supremo Tribunal e das Relações de que se não indique outra fonte estão disponíveis em www.dgsi.pt, onde podem ser pesquisados através do número do processo.

STJ

Ac. do STJ de 25 de Julho de 1973, Processo n.º 64323, *BMJ*, n.º 229, 1973, pp. 203-207

Ac. do STJ de 2 de Julho de 1991, Processo n.º 80715/91, reproduzido em ALMENO DE SÁ, "Controlo...", cit., pp. 237-248

Ac. do STJ de 28 de Março de 1995, Processo n.º 086288

Ac. do STJ de 26 de Novembro de 2002, Processo n.º 02A3560

Ac. do STJ de 18 de Março de 2004, Processo n.º 04B394

Ac. do STJ de 7 de Novembro de 2006, Processo n.º 06A2867

Ac. do STJ de 1 de Março de 2007, Processo n.º 06S3210

Ac. do STJ de 8 de Janeiro de 2009, Processo n.º 08B3722

Ac. do STJ de 21 de Abril de 2009, Processo n.º 09A0449

Ac. do STJ de 15 de Outubro de 2009, Processo n.º 08B1800

Ac. do STJ de 12 de Janeiro de 2010, Processo n.º 1267/06.6TBVNG.P1 (sumário)

Ac. do STJ de 29 de Abril de 2010, Processo n.º 5477/8TVLSB.L1.S1

Ac. do STJ de 9 de Junho de 2010, Processo n.º 579/09.1YFLSB

Ac. do STJ de 7 de Outubro de 2010, Processo n.º 1583/06.7TBPRD.L1.S1

Ac. do STJ de 17 de Junho de 2010, Processo n.º 651/04.4TBETR.P1.S1

Ac. do STJ de 16 de Dezembro de 2010, Processo n.º 2732/07.3TBFLG.G1.S1

Ac. do STJ de 13 de Janeiro de 2011, Processo n.º 1443/04.6TBGDM.P1.S1

Ac. do STJ de 22 de Setembro de 2011, Processo n.º 896/07.5TTVIS.C1.S1

Ac. do STJ de 29 de Março de 2012, Processo n.º 349/10TVLSB.L1.S1

Ac. do STJ de 29 de Maio de 2012, Processo n.º 7615/06.1TBVNG.P1.S1

Ac. do STJ de 16 de Outubro de 2012, Processo n.º 194/08.7TBAGN.C1.S1

Ac. de 18 de Dezembro de 2012, Processo n.º 656/03.2TBMTA.L1.S1
Ac. do STJ de 21 de Fevereiro de 2013, Processo n.º 267/10.6TBBCL.G1.S1
Ac. do STJ de 25 de Junho de 2013, Processo n.º 24/10.0TBVNG.P1.S1
Ac. do STJ de 13 de Fevereiro de 2014, Processo n.º 2083/09.9TVPRT.P1.S1
Ac. do STJ de 24 de Abril de 2014, Processo n.º 6659/09.6TVLSB.L1.S1
Ac. do STJ de 7 de Setembro de 2014, Processo n.º 841/10.0TVPRT.L1.S1
Ac. do STJ de 11 de Fevereiro de 2015, Processo n.º 1301/10.5T4AVR.C1.S1
Ac. do STJ de 15 de Abril de 2015, Processo n.º 385/12.6TBBRG.G1.S1
Ac. do STJ de 2 de Junho de 2015, Processo n.º 109/13.0TBMLD.P1.S1
Ac. do STJ de 20 de Maio de 2015, Processo n.º 17/13.5TCGMR.G1.S1

TRC

Ac. do TRC de 9 de Janeiro de 2012, Processo n.º 27/10.4T2AND.C1

TRG

Ac do TRG de 25 de Maio de 2013, Processo n.º 5680/08.6TBBRG.G2
Ac. do TRG de 2 de Junho de 2014, Processo n.º 8013/12.3TBBRG.G1

TRL

Ac. do TRL de 22 de Novembro de 2007, Processo n.º 7441/2007-2
Ac do TRL de 26 de Fevereiro de 2013, Processo n.º 411/10.3TBTVD.L1-7
Ac do TRL de 29 de Abril de 2014, Processo n.º 1880/07.4TBCLD.L1-1
Ac. do TRL de 15 de Maio de 2014, Proc. n.º 475/10.0TVLSB.L1-2
Ac. do TRL de 11 de Junho de 2015, Processo n.º 1002/12.0TBOER.L2-8

TRP

Ac. do TRP de 6 de Novembro de 2007, Processo n.º 0724884
Ac. do TRP de 25 de Janeiro de 2011, Processo n.º 3322/07.6TJVNF.P1
Ac. do TRP de 31 de Janeiro de 2012, 8728/09.3TBVNG.P1
Ac. do TRP de 25 de Outubro de 2012, Processo n.º 24/10.0TBVNG.P1
Ac. do TRP de 19 de Dezembro de 2012, Processo n.º 1376/10.7TBPFR.P1
Ac. do TRP de 27 de Maio de 2013, Processo n.º 1425/09.1TTPRT.P1
Ac. do TRP de 27 de Fevereiro de 2014, Processo n.º 2334/10.7TBGDM.P1
Ac. do TRP de 26 de Março de 2015, Processo n.º 551/13.7TVPRT.P1

Alemã

Ac. do BGH de 18.10.1952, II ZR 72/52, disponível em <https://www.jurion.de/> (recolhido a 18.09.2014)

Ac. do LG de Düsseldorf de 23 de Junho de 1965, 5 O 144/60, *VersR* 1966, pp. 95-96

Ac. do BGH de 25.09.1968, IV ZR 514/68, disponível em <https://www.jurion.de/> (recolhido a 23.09.2014)

Ac. do BGH de 14 de Março de 1961, VI ZR 189/59, *NJW* 1961, pp. 655-658

Ac. do BGH de 24 de Novembro de 1971, IV ZR 135/69 KG, *VersR* 1972, pp. 85-86

Ac. do BGH de 01 de Março de 1972, Az.: IV ZR 107/70, disponível em <https://www.jurion.de/> (recolhido a 23.09.2014)

Ac. do BGH de 26 de Abril de 1972, IV ZR 19/71, *NJW* 1972, pp. 1229-1232

Ac. do BGH de 12 de Julho 1972, IV ZR 23/71, *NJW* 1972, pp. 1809-1810.

Ac. do BGH de 20 de Junho de 1973, IV ZR 52/72 (KG), *NJW* 1973, pp. 1747-1749

Ac do BGH, 29.11.1974, V ZR 73/73, disponível em <https://www.jurion.de/> (recolhido a 23.05.2015)

Ac. do BGH de 9.7.1975, IV ZR 95/73, disponível em <https://www.jurion.de/> (recolhido a 23.09.2014)

Ac. do BGH de 14.04.1976, IV ZR 29/74, disponível em <https://www.jurion.de/> (recolhido a 08.01.2015)

Ac do BGH de 13.12.1978, IV ZR 177/77, disponível em <https://www.jurion.de/> (recolhido a 23.09.2014)

Ac. do OLG de Hamburgo de 16 de Novembro de 1979, 1 U 46/79, *VersR* 1980, p. 275

Ac. do BGH de 11.12.1980, IVa ZR 18/80, disponível em <https://www.jurion.de/> (recolhido a 23.09.2014)

Ac do BGH de 07.12.1983, IVa ZR 231/81, disponível em <https://www.jurion.de/> (recolhido a 08.01.2015)

Ac. do BGH de 03.10.1984, IVa ZR 76/83, disponível em <https://www.jurion.de/> (recolhido a 17.01.2015)

Ac. do BGH de 23.01.1985, IV a ZR 128/83, *NJW* 1985, pp. 2648-2649

Ac. do BGH de 06.02.1985, IVa ZR 68/83, disponível em <https://www.jurion.de/> (recolhido a 08.01.2015)

Ac. do BGH de 11.02.1985, II ZR 290/83, disponível em <https://www.jurion.de/>

Ac. do BGH de 14.07.1986, IVa ZR 22/85, *VersR* 1986, pp. 962-963

Ac. do BGH, de 17. 10. 1990, IV ZR 178/89 (KG), r+s 1991, pp. 68-69

Ac. do OLG de Colónia, de 30. 7. 1992, Proc. 5 U 91/90, r+s 1992, pp. 347-348

Ac. do BGH de 20. 2. 1991, IV ZR 202/90, em r+s, 1991, pp. 116-117

Ac. do BGH de 21.04.1993, IV ZR 33/92, disponível em <https://www.jurion.de/>

Ac do BGH, de 02.06.1993, IV ZR 72/92, disponível em <https://www.jurion.de/>

Ac. do BGH de 02.03.1994, IV ZR 109/93, *NJW* 1994, pp. 1534-1536

Ac. do BGH de 15.03.1994, VI ZR 44/93, *NJW* 1994, pp. 1592-1594

Ac. do BGH de 21.02.1996, IV ZR 321/94, *VersR* 1996, 576-577

Ac. do BGH de 18.12.1996, IV ZR 259/95, disponível em <https://www.jurion.de/>

Ac. do BGH de 24.05.2000, IV ZR 186/99, r+s 2000, pp. 480-481

Ac. do BGH de 12.03.2003, IV ZR 278/01, disponível em <http://openjur.de/> (recolhido a 08.03.2015)

Ac. do BGH de 7.7.2004, IV ZR 265/03, em *VersR*, 2004, pp. 1117-1118

Ac. do BGH de 13.12.2006, IV ZR 252/05, disponível em <http://juris.bundesgerichtshof.de>

Ac do OLG de Dresden, de 08.10.2007, 4 U 1046/07, em r+s, 2008, pp. 432-434

Ac. do BGH de 18.06.2008, IV ZR 87/07, r+s 2008, pp. 381-382

Ac. do LG de Dortmund, de 15.07.2010, 2 O 8/10, disponível em <http://openjur.de/> (recolhido a 08.02.2015)

Ac. do Kammergericht, de 9.11.2010, 6 U 103/10, disponível em <http://openjur.de/> (recolhido a 08.02.2015)

Ac. do BGH, de 18.05.2011, IV ZR 165/09, r+s 2012, pp. 130-133

Austríaca

Ac. do OGH austríaco, de 24.11.1993, RS0030303, disponível em <https://www.ris.bka.gv.at/>

Belga

Ac. da Cour de Liège de 28 de Maio, *RGAR* 2010, 14626(1)

Espanhola

Acórdão do Supremo Tribunal de 22 de Dezembro de 2008, proferido no recurso n.º 1555/2003, disponível em <http://www.poderjudicial.es/>

Acórdão do Supremo Tribunal de 15 de Dezembro de 2011, proferido no recurso n.º 1196/2009, disponível em <http://www.poderjudicial.es/>

Francesa

Acórdão da *Cour de Cassation* de 15 de Março de 1972, proferido no recurso n.º 70-10071, disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/>

Acórdão da Câmara comercial da *Cour de Cassation*, de 22 de Outubro de 1996, proferido no recurso n.º 93-18632, disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/>

Inglesa

HIH Casualty & General Insurance Ltd vs New Hampshire Insurance Co. e outros, [2001] EWCA Civ 735, *Lloyd's Law Reports*, 2001, pp. 161-202

União Europeia

Os acórdão do Supremo Tribunal e das Relações de que se não indique outra fonte estão disponíveis em <http://curia.europa.eu>, onde podem ser pesquisados através do número do processo.

Despacho do TJUE de 16 de Novembro de 2010, Processo C-76/10, *Pohotovost' s. r. c. Iveta Korčkovská*.

Ac. do TJUE de 14 de Junho de 2012, Processo C-618/10, *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camín*

Referências bibliográficas

- AA.VV., "Compte rendu des discussions relatives au troisième thème, L'obligation de l'assuré de prévenir ou d'atténuer le dommage et la charge qui s'y rapporte", in *L'harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la C.E.E. Harmonization of insurance contract law in the E.E.C. Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts in der E.E.G.*, Établissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1981, pp. 476-496
- , "Living with mortality: longevity bonds and other mortality-linked securities, Abstract of the discussion held by the Faculty of Actuaries", *British Actuarial Journal*, 1, 2006, pp. 198-214
- ABBRING, JAAP H./CHIAPPORI, PIERRE-ANDRÉ/ZAVADIL, TIBOR, "Better Safe than Sorry? Ex Ante and Ex Post Moral Hazard in Dynamic Insurance Data", *Tinbergen Institute Discussion Paper No. 08-075/3*, 2008, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1260168 (consultado pela última vez a 29.08.2009)
- ADAR, YEHUDA, "Comparative Negligence and Mitigation of Damages: Two Doctrines in Search of Reunion", 2012, disponível em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2078874> (consultado pela última vez a 01.02.2015)
- AFONSO, ANA ISABEL, *A condição, Reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, Universidade Católica Editora, Porto, 2014
- AHRENS, HANS-JÜRGEN, "Die Verteilung der Beweislast", in *Karlsruher Forum 2008: Beweislast*, EGON LORENZ (coord.), Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2009, pp. 7-53
- AKERLOF, GEORGE A., "The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism", *Quarterly Journal of Economics*, 3, 1970, pp. 488-500
- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010
- ALBUQUERQUE, PEDRO DE, *A representação voluntária em Direito civil, (Ensaio de reconstrução dogmática)*, Almedina, Coimbra, 2004
- ALEMANHA, "Begründungen zu den Gesetzentwürfen", in *Motive zum Versicherungsvertragsgesetz*, Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen, Berlin, 1963, pp. 59-266
- ALEMANHA, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, 2001, disponível em <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/14/060/1406040.pdf> (consultado pela última vez a 22.05.2015)
- ALEMANHA, *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsrechts, Gesetzentwurf der Bundesregierung*, 2006, disponível em http://www.hzv-uhh.de/fileadmin/Versicherungsrecht/VVG_Reform/VVG-Regierungsentwurf_20-12-2006.pdf (consultado pela última vez a 01.08.2014)
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, "Os contratos civis de prestação de serviço médico", in *Direito da saúde e bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, pp. 75-120
- , *Direito do consumo*, Almedina, Coimbra, 2005
- , *Contratos, I, Conceito. Fontes. Formação*, Almedina, Coimbra, 2008
- ALMEIDA, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE, *O contrato de seguro no direito português e comparado*, Livraria Sá da Costa Lisboa, 1971
- , "A interpretação e integração das lacunas do contrato de seguro", in *Contrato de*

- seguro, Estudos*, J. C. MOITINHO DE ALMEIDA (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 115-152
- , "Cláusulas contratuais gerais e contrato de seguro", in *Contrato de seguro, Estudos*, J. C. MOITINHO DE ALMEIDA (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 77-113
- , "O mediador na conclusão e execução do contrato de seguro", in *Contrato de seguro, Estudos*, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 153-189
- , "O novo regime jurídico do contrato de seguro, Beves considerações sobre a protecção dos segurados", in *Contrato de seguro, Estudos*, J. C. MOITINHO DE ALMEIDA (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 11-36
- ALVES, FRANCISCO LUÍS, "O regime do contrato de seguro de saúde no Direito português", *Fórum*, 27, 2009, pp. 6-31
- , *Direito dos seguros, Cessação do contrato, Práticas comerciais*, Almedina, Coimbra, 2015
- ALVES, RAÚL GUICHARD, *Da relevância jurídica do conhecimento no Direito civil*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1996
- , "O instituto da representação voluntária no Código Civil de 1966", *Direito e Justiça*, 1, 2004, pp. 197-207
- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Second, Contracts, III, §§ 316-End*, AMERICAN LAW INSTITUTE, 1981
- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third, Torts, Apportionment of liability, §§1-End*, 2000
- AMZALAK, MOSES, "Pedro de Santarém, Notas biográficas", in *Tractatus de assecurationibus et sponsionibus*, Instituto de Seguros de Portugal, Lisboa, 2006, pp. 9-29
- ANDRADE, MANUEL DA COSTA, "Art. 149.º (Consentimento)", in *Comentário conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 276-301
- ANDRADE, MANUEL DOMINGUES DE, *Teoria geral das obrigações*, Almedina, Coimbra, 1966
- , *Teoria geral da relação jurídica, II, Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1992
- ANDRADE, MANUEL DOMINGUES DE/VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Noções elementares de Processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993
- ANTHERO, ADRIANO, *Comentário ao Código Commercial Portuguez, II*, Typographia "Artes & Letras", Porto, 1915
- ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA, "Os derivados", *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 30, 2008, disponível em <http://www.cmvm.pt/CMVM/Publicacoes/Cadernos/Documents/C30Artigo4.pdf> (consultado pela última vez a 7.11.2104)
- ARAÚJO, FERNANDO, *Introdução à economia*, Almedina, Coimbra, 2005
- ARCALÁ, LUIS ALBERTO MARCO, *Seguros de personas, Aspectos generales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006
- ARMBRÜSTER, CHRISTIAN, *Das Alles-oder-nichts-Prinzip im Privatversicherungsrecht, Zugleich ein Beitrag zur Reform des VVG, Versicherungswirtschaft*, Karlsruhe, 2003
- , "Folgenrechnung im Privatversicherungsrecht", in *Karlsruher Forum 2007: Folgenrechnung im Schadenersatzrecht: Gründe und Grenzen*, EGON

- LORENZ (coord.), VVW, Karlsruhe, 2008, pp. 89-111
- , "§ 6. Parteien des Versicherungsvertrages, Mehrheit von Versicherern, Drittbegünstigte", *Versicherungsrechtshandbuch*, ROLAND MICHAEL BECKMANN/ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN (coord.), 2009, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 10.09.2012)
- , *Privatversicherungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2013
- ARNOTT, RICHARD J./STIGLITZ, JOSEPH E., *The basic analytics of moral hazard*, National Bureau of Economic Research, 1988, disponível em <http://www.nber.org/papers/w2484.pdf> (consultado pela última vez a 9.11.2014)
- ARROW, KENNETH J., "Uncertainty and welfare economics of medical care", *The American Economic Review*, 5, 1963, pp. 941-973
- , *The economics of agency*, Center for research on organizational efficiency, Stanford University, Stanford, 1984
- , *The economics of information*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1984
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito civil, II, Acções e factos jurídicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002
- , *Direito civil, III, Relações e situações jurídicas* Coimbra Editora, Coimbra, 2002
- ATHEARN, JAMES L./PRITCHETT, S. TRAVIS/SCHMIT, JOAN T., *Risk and insurance*, West Publishing, St. Paul/Nova Iorque/Los Angeles/São Francisco, 1989
- ATIYAH, PATRICK S./SMITH, STEPHEN A., *Atiyah's introduction to the Law of contract*, Clarendon Press, Oxford, 2005
- BACHMANN, GREGOR, "BGB § 241 Pflichten aus dem Schuldverhältnis, I. Normzweck, II. Schuldverhältnis und Leistungspflicht (Abs. 1)", *Münchener Kommentar zum BGB, II*, WOLFGANG KRÜGER (coord.), C. H. Beck, Munique, 2012, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 21.05.2014)
- BACHMANN, GREGOR/ROTH, GÜNTHER H., "BGB § 241 Pflichten aus dem Schuldverhältnis, III. Neben- und Schutzpflichten (Abs. 2), IV. Insbesondere: Aufklärungspflichten", *Münchener Kommentar zum BGB, 2*, WOLFGANG KRÜGER (coord.), C. H. Beck, Munique, 2012, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 16.12.2013)
- BAKER, TOM, "On the genealogy of moral hazard", *Texas Law Review*, 2, 1996, pp. 237-292
- , "Embracing risk, sharing responsibility", *Drake Law Review*, 2008, pp. 561-570
- BALLERSTEDT, KURT, "Recensão a Reimer Schmidt, 'Die Obliegenheiten'", *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, 121, 1958, pp. 78-86
- BARBOSA, ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA, "O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico – algumas reflexões", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, II, A Parte Geral do Código e a Teoria geral do Direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 367-392
- , *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual, II*, Principia, Cascais, 2013
- BARON, JONATHAN, *Thinking and deciding*, Cambridge University Press,

- Cambridge/Melbourne/Nova Iorque/Madrid, 2007
- BASEDOW, JÜRGEN, "Transparenz als Prinzip des (Versicherungs-)Vertragsrechts", *VersR*, 1999, pp. 1045-1055
- , "Der gemeinsame Referenzrahmen und das Versicherungsvertragsrecht", *ZEuP*, 1, 2007, pp. 280-287
- , "Vorbemerkung", *MüKo BGB, II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432*, WOLFGANG KRÜGER (coord.), Beck, Munique, 2012, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 04.05.2014)
- BASEDOW, JÜRGEN/FOCK, TILL, "Rechtsvergleich", in *Europäisches Versicherungsvertragsrecht*, JÜRGEN BASEDOW/TILL FOCK (coord.), Mohr Siebeck, Tubinga, 2002, pp. 1-137
- BAUMANN, HORST, "Quotenregelung contra Alles-oder-Nichts-Prinzip im Versicherungsfall – Überlegungen zur Reform des § 61 VVG", *r+s*, 1, 2005, pp. 1-10
- , "§ 1", in *Bruck/Möller, I*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/KATHARINA JOHANNSEN, et al. (coord.), De Gruyter Recht, Berlim, 2008, pp. 281-389
- , "§ 81 Herbeiführung des Versicherungsfalles", in *Bruck/Möller, III*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/KATHARINA JOHANNSEN/RALF JOHANNSEN (coord.), De Gruyter Recht, Berlim, 2010, pp. 250-340
- , "Der Streit um die Quote", *r+s*, 2010, pp. 51-55
- BAUMGÄRTEL, GOTTFRIED, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, Carl Heymanns, Colónia/Berlim/Bona/Munique, 1996
- BEATSON, SIR JACK/BURROWS, ANDREW/CARTWRIGHT, JOHN, *Anson's Law of contract*, Oxford University Press, Nova Iorque, 2010
- BECK, ULRICH, *Risk society. Towards a new modernity*, Sage, Los Angeles/Londres/Nova Deli/Singapura/Washington DC, 1992
- BECKMANN, ROLAND MICHAEL, "§ 62", in *BK*, HEINRICH HONSELL (coord.), Springer, Berlim/Heidelberga/Nova Iorque, 1999, pp. 1041-1060
- , "VVG § 61 Herbeiführung des Versicherungsfalles", in *BK*, HEINRICH HONSELL (coord.), Springer, Berlim/Heidelberga/Nova Iorque, 1999, pp. 991-1040
- BEIRÃO, FRANCISCO ANTONIO DA VEIGA, *Direito comercial portuguez*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1912
- BENINI, STEFANO, "§ 1", in *Le assicurazioni, L'assicurazione nei codici, Le assicurazioni obbligatorie, L'intermediazione assicurativa*, ANTONIO LA TORRE (coord.), Dott. A. Giuffrè Milão, 2007, pp. 3-25
- BERNSTEIN, PETER L., *Against the Gods, The remarkable story of risk*, John Wiley and Sons, Nova Iorque/Chichester/Weinheim/Brisbane, 1996
- BETTI, EMILIO, *Diritto processuale civile, Appunti delle Lezioni tenute nell'anno 1931-1932=X*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 1932
- , *Teoria generale del negozio giuridico*, UTET, Turim, 1952
- , "Dovere giuridico, a) Cenni storici e teoria generale", in *Enc. Dir., XIV, Dote-Ente*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 1965, pp. 53-58
- BIANCA, CESARE MASSIMO, *Diritto civile, III, Il contratto*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 2000
- , "Causa concreta del contratto e diritto effettivo", *RDC*, 2, 2014, pp. 251-272
- BIGOT, JEAN, "L'obligation de l'assuré de prévenir ou d'atténuer le dommage et la charge qui s'y rapporte", in *L'harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la C.E.E. Harmonization of insurance contract law in the E.E.C. Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts in der E.E.G.*,

- Établissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1981, pp. 369-382
- , *Traité de droit des assurances, Tome 3, Le contrat d'assurance*, LGDJ, Paris, 2002
- BIGOT, JEAN/BAILLOT, PHILIPPE/KULLMANN, JÉRÔME/MAYAUX, LUC, *Traité de droit des assurances, Les assurances de personnes, IV*, LGDJ, Paris, 2007
- BINON, JEAN-MARC, "Actualités législatives et jurisprudentielles dans les assurances de personnes", in *Actualités en droit des assurances*, CATHERINE PARIS/BERNARD DUBUISSON (coord.), Anthemis, Liège, 2008, pp. 325-414
- BINON, JEAN-MARC/FONTAINE, MARCEL, "La loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, Présentation générale, Dispositions relatives au droit du contrat d'assurance", *RDCB*, 10, 2014, pp. 949-970
- BIRDS, JOHN, *Birds' modern Insurance Law*, Sweet and Maxwell, Londres, 2010
- BISCHOFF, HARALD, "Versichertes Risiko und materielle Obliegenheiten", *VersR*, 33, 1972, pp. 799-808
- BLAKE, D. /CAIRNS, A. J. G./DOWD, K., "Living with mortality: longevity bonds and other mortality-linked securities", *British Actuarial Journal*, 1, 2006, pp. 153-197
- BLOMEYER, ARWED, "Die Umkehr der Beweislast", *AcP*, 2-3, 1959/1960, pp. 97-106
- BOBBIO, NORBERTO, "Sulla funzione promozionale del diritto", *RTDPC*, 3, 1969, pp. 1313-1329
- , *Teoria da norma jurídica*, Edipro, São Paulo, 2001 (trad. do original *Teoria della norma giuridica*, G. Giapichelli, Turim, 1993, por FERNANDO PAVAN BAPTISTA/ARIANI BUENO SUDATTI)
- BOETIUS, JAN, *Private Krankenversicherung, Kommentar zum Recht der PKV (VVG, VAG, KalV, SGB, GG, Europarecht, Nebengesetze)*, C. H. Beck, Munique, 2010
- BORCH, KARL H., *Economics of insurance*, Elsevier, Amesterdão/Nova Iorque/Oxford/Tóquio, 1990
- BRAEB, PAUL, "Elemente einer dynamischen Versicherungskonzeption aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht", *ZVersWiss*, 1970, pp. 1-15
- BRAND, OLIVER, "Das Quotelungsprinzip – Versuch einer Versöhnung", in *Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht, Festschrift für Egon Lorenz zum 80. Geburtstag*, MANFRED WANDT/PETER REIFF/DIRK LOOSCHELDERS, et al. (coord.), Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2014, pp. 55-84
- BRITO, JOSÉ ALVES DE, "Anotação ao art. 76.º", in *LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 323-325
- BRITO, MARIA HELENA, *O contrato de concessão comercial, Descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*, Almedina, Coimbra, 1990
- BRÖMMELMEYER, CHRISTOPH, "VVG § 30 Anzeige des Versicherungsfalles", in *Bruck/Möller, I*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/KATHARINA JOHANNSEN, et al. (coord.), De Gruyter Recht, Berlin, 2008, pp. 901-917
- , "§ 1", in *Versicherungsvertragsgesetz Handkommentar*, WILFRIED RÜFFER/DIRK HALBACH/PETER SCHIMIKOWSKI (coord.), Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 59-79
- BRONZE, FERNANDO JOSÉ PINTO, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença, (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica*

- do sistema jurídico), Coimbra Editora, Coimbra, 1991
- , *Lições de introdução ao Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006
- BRUCK (†), ERNST/MÖLLER, HANS, *Bruck/Möller Kommentar, I*, Walter de Gruyter & Co., Berlim, 1961
- BRUCK, ERNST, "Die versicherungsrechtliche Obliegenheit", *ZVersWiss*, 1926, pp. 180-211
- , *Das Privatversicherungsrecht*, J. Bensheimer, Mannheim/Berlim/Leipzig, 1930
- , "Le devoir de prévention et de sauvetage", *RGAT*, 1, 1937, pp. 433-461
- BRUNETTI, GIOVANNI, *Norme e regole finali nel Diritto*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turim, 1913
- BRUNS, ALEXANDER, "BGB § 307 Inhaltskontrolle", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 26.02.2011)
- BRUNS, CHRISTINA, *Voraussetzungen und Auswirkungen der Zurechnung von Wissen und Wissenserklärungen im allgemeinen Privatrecht und im Privatversicherungsrecht, Eine Untersuchung von Zurechnungsmechanismen außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs*, VVW, Karlsruhe, 2007
- BUGIOLACCHI, LEONARDO, "L'assicurazione sulla vita, Introduzione, la natura del contratti ed il rischio assicurato", in *Le assicurazioni private, III*, GUIDO ALPA (coord.), UTET Giuridica/ Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2006, pp. 2517-2532
- BUSCHE, JAN, "Vorbemerkung vor § 145", *MüKo BGB, I, Allgemeiner Teil*, FRANZ JÜRGEN SÄCKER (coord.), C. H. Beck, Munique, 2015, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 28.08.2015)
- BUTTARO, LUCA, "Il suicidio nell'assicurazione sulla vita di un terzo", *Assicurazioni, I*, 1955, pp. 68-104
- , "III. Assicurazione (contratto di)", in *Enc. Dir., III, Ari-Atti*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 1958, pp. 455-493
- , "IV. Assicurazione contro i danni", in *Enc. Dir., III, Ari-Atti*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 1958, pp. 493-520
- , "Moderni Orientamenti sul Concetto Giuridico di Assicurazioni nella Dottrina Italiana", in *Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Assicurazioni, I*, AIDA (coord.), Dott. Antonio Giuffrè, Milão, 1963, pp. 277-300
- CALERO, FERNANDO SÁNCHEZ, "Caracteres generales de la Ley de contrato de seguro", *RES*, 123-124, 2005, pp. 389-398
- , "Art. 3. Condiciones generales", in *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 octubre, y a sus modificaciones*, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 105-147
- , "Art. 17. Deber de salvamento", in *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 octubre, y a sus modificaciones*, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO (coord.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 413-427
- , "Artículo 10. Deber de declaración del riesgo", in *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 octubre, y a sus modificaciones*, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO (coord.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 279-312
- , "Artículo 12. Facultad de denuncia del contrato", in *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 octubre, y a sus modificaciones*,

- FERNANDO SÁNCHEZ CALERO (coord.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 327-342
- , "Artículo 100. El riesgo de accidente, Normas aplicables del seguro de vida", in *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 octubre, y a sus modificaciones*, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO (coord.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 2595-2627
- , "Artículo 102. Provocación del siniestro", in *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 octubre, y a sus modificaciones*, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO (coord.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010,
- CALLENWAERT, VICENT, "L'exigence de détermination des clauses de déchéance, Anotação ao ac. da Cour de Liège de 28 de Maio de 2008", *RGAR*, 2010, pp. 14626(1)-14626(2)
- CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Contrato a favor de terceiro*, Almedina, Coimbra, 1991
- CANARIS, CLAUS-WILHELM, "Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen: Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen", *JZ*, 15/16, 1965, pp. 475-482
- , "Vertstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadenersatzrecht", *JZ*, 21, 1987, pp. 993-1004
- , "Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen", in *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, JÜRGEN F. BAUR/KLAUS J. HOPT/K. PETER MAILÄNDER (coord.), Walter de Gruyter, Berlin/Nova Iorque, 1990, pp. 519-571
- , "A liberdade e a justiça contratual na "sociedade de direito privado"", in *Contratos: Atualidade e Evolução*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (coord.), Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997, pp. 49-66
- , "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen", 2001, disponível em <http://uni-leipzig.de/wirtschaftsrecht/alt/dokumente/reform.pdf> (consultado pela última vez a 01.05.2014)
- , "Die Vermutung "aufklärungsrichtigen Verhaltens" und ihre Grundlagen", in *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004*, FRANZ HÄUSER/HORST HAMMEN/JOACHIM HENNRICHS, et al. (coord.), De Gruyter Recht, Berlin, 2004, pp. 3-24
- , "Die von beiden Parteien zu vertretende Unmöglichkeit", in *Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts, Festschrift für Egon Lorenz zum 70. Geburtstag*, MANFRED WANDT/PETER REIFF/DIRK LOOSCHELDERS, et al. (coord.), Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2004, pp. 147-182
- , *Direitos fundamentais e direito privado*, Almedina, Coimbra, 2009
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES/MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I*, Coimbra Editora, 2007
- CARBONNIER, JEAN, *Cours de Droit civil*, Union Nationale des Étudiants de France, Association Corporative des Étudiants en Droit, Paris, 1956-1957
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Teoria generale del Diritto*, Foro Italiano, Roma, 1940
- CARRESI, FRANCO, "Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico", *RTDPC*, 1949
- CARVALHO, JORGE MORAIS, "A ordem pública como limite à autonomia privada", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Assuntos europeus, Direito privado, Direito público e varia, Volume III*, EDUARDO

- PAZ FERREIRA/HELENO TAVEIRA TORRES/CLOTILDE CELORICO PALMA (coord.), Almedina, Coimbra, 2013, pp. 351-378
- CARVALHO, ORLANDO DE, *Negócio jurídico indirecto, (Teoria geral)*, BFDUC, Suplemento X, 1952
- , *Os direitos do Homem no Direito civil português*, Vértice, Coimbra, 1973
- , "Teoria geral do Direito Civil", in *Teoria geral do Direito Civil*, FRANCISCO LIBERAL FERNANDES/MARIA RAQUEL GUIMARÃES/MARIA REGINA REDINHA (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 83-220
- CARVALHO, PEDRO PITTA E CUNHA NUNES DE, *Omissão e dever de agir em Direito civil*, Almedina, Coimbra, 1999
- CHALMERS, M. D./OWEN, DOUGLAS, *The Marine Insurance Act, 1906*, William Clowes and Sons, Londres, 1907
- CLARKE, MALCOLM, *Policies and perceptions of insurance law in the twenty-first century*, Oxford University Press, Oxford/Nova Iorque, 2009
- , "Warranties: the guaranteed curse of English insurance contract law", *RGDA*, 3, 2012, pp. 581-597
- COELHO, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA, "Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Volume II, A Parte Geral do Código e a Teoria geral do Direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 423-457
- , "O problema do regime dos contratos mistos, Distinção entre as normas que tocam directamente a própria prestação e as normas ou os problemas que tocam o contrato na sua unidade", *BFDUC*, 2, 2013, pp. 679-708
- , *Contratos complexos e complexos contratuais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014
- COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA, "O nexos de causalidade na responsabilidade civil", *BFDUC, Suplemento IX*, 1951, pp. 65-242
- , "A causalidade na responsabilidade civil em Direito português", *RDES*, 3, 4, 1965, pp. 39-58, 1-11
- , *Obrigações*, s. ed., Coimbra, 1967
- , *Direito das sucessões*, s. ed., Coimbra, 1992
- , *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1998
- COLET, BEGOÑA ARQUILLO, "El infarto como accidente en el contrato de seguro, Comentario a las SSTs, 1a, 11.11.2003 y 27.11.2003", *InDret*, 2, 2004, disponível em <http://www.indret.com> (consultado pela última vez a 27.11.2014)
- COMISSÃO EUROPEIA, *Livro verde sobre os seguros contra catástrofes naturais ou de origem humana, COM(2013) 213 final*, 2013, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0213&from=EN> (consultado pela última vez a 6.11.2014)
- COPO, ABEL VEIGA, "La temporalidad en el contrato de seguro. Riesgo y siniestro: una ecuación interesadamente compleja", *RES*, 142, 2010, pp. 261-302
- CORBIN, ARTHUR LINTON, *Corbin on contracts, Damages: §§ 990-1101*, LexisNexis, Newark, 2002
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, "Violação positiva do contrato, Anotação ao ac. do STJ de 31.01.1980", *ROA*, 41, 1981, pp. 123-152
- , "Da alteração das circunstâncias", in *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa,

- 1989, pp. 293-371
- , *Da responsabilidade civil dos administradores de sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997
- , "A reforma do direito material dos seguros: o anteprojecto de 1999", *RFDL*, 2001, pp. 481-531
- , "Contrato de seguro e seguro de crédito", in *II Congresso Nacional de Direito dos Seguros, Memórias*, ANTÓNIO MOREIRA/M. COSTA MARTINS/TERESA COELHO MOREIRA (coord.), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 27-53
- , *Da boa fé no Direito civil*, Almedina, Coimbra, 2001
- , "Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas", *ROA*, 2, 2005, disponível em <http://www.oa.pt/Publicacoes/revista/default.aspx?idc=30777&idsc=2691&volumeID=45580&anoID=44558> (consultado pela última vez a 29.03.2012)
- , *Tratado de Direito civil português, I, Parte geral, Tomo I, Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2005
- , "A representação no Código Civil: sistema e perspectivas de reforma", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, II, A Parte Geral do Código e a Teoria geral do Direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 393-422
- , *Tratado de Direito civil português, II, Direito das obrigações, III, Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil* Almedina, Coimbra, 2010
- , *Tratado de Direito civil português, II, Direito das obrigações, IV, Cumprimento e não cumprimento, Transmissão, Modificação e extinção, Garantias*, Almedina, Coimbra, 2010
- , *Tratado de Direito civil português, II, Direito das obrigações, I, Introdução, Sistemas e Direito europeu, Dogmática geral*, Almedina, Coimbra, 2012
- , *Direito dos seguros*, Almedina, Coimbra, 2013
- CORREIA, ANTÓNIO FERRER, *Lições de Direito internacional privado, I*, Almedina, Coimbra, 2004
- CORRIAS, PAOLOEFISIO, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 2006
- , "La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?", *RDC*, 1, 2013, pp. 41-76
- COSTA, A. M. ALMEIDA, "Artigo 217º", in *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo II, Artigos 202º a 307º*, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 274-310
- , "Artigo 219º", in *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo II, Artigos 202º a 307º*, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 313-321
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das obrigações*, Almedina, Coimbra, 2009
- COUSY, HERMAN, "La fin de l'assurance? Considérations sur le domaine propre de l'assurance privée et ses frontières", in *Droit et économie de l'assurance et de la santé, Mélanges Lambert*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 111-128
- , "Insurance law between business law and consumer law", in *The Belgian reports at the Congress of Washington of the International Academy of Comparative Law – Rapports belges au Congrès de l'Académie Internationale de Droit Compa'é à Washington – De Belgische rapporten voor het Congres van de 'Académie Internationale de Droit Comparé' te*

- Washington, Larcier, Bruxelles, 2011, pp. 515-554
- CRISCUOLI, GIOVANNI, "Fiducia e fiducie in Diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti *uberrimae fidei*", *RDC*, 1983, pp. 137-167
- DATILLO, GIOVANNI, "Tipicità e realtà nel Diritto dei contratti", *RDC*, 1, 1984, pp. 772-810
- DEMOGUE, RENÉ, *Traité des obligations en général, V*, Librairie Arthur Rosseau, Paris, 1925
- DEUTSCH, ERWIN, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Eine privatrechtliche Untersuchung*, Carl Heymanns Colonia/Berlin/Bona/Munique, 1995
- , *Das neue Versicherungsvertragsrecht mit dem Text des VVG 2008, Ein Grundriss*, Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2008
- , "Die Sorgfalt als Rechtsbegriff", in *Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht, Festschrift für Egon Lorenz zum 80. Geburtstag*, MANFRED WANDT/PETER REIFF/DIRK LOOSCHELDERS, et al. (coord.), Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2014, pp. 575-587
- DEUTSCHER VERKEHRSGERICHTSTAG – DEUTSCHE AKADEMIE FÜR VERKEHRSWISSENSCHAFT, 47. *Deutscher Verkehrsgerichtstag, Empfehlungen*, 2009, disponível em http://www.deutscher-verkehrsgerichtstag.de/images/empfehlungen_pdf/empfehlungen_47_vgt.pdf (consultado pela última vez a 13.02.2015)
- DEVOET, CLAUDE, *Les assurances de personnes*, Anthemis, Limal, 2011
- DI BLASI, GIANLUCA BALDASSARE, *Onere della prova*, 2013, disponível em <http://archivia.unict.it/handle/10761/1477> (consultado pela última vez a 08.07.2015)
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito penal, Parte geral, I, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012
- DICKERSON JR., O. D., "A conceptual framework for insurance theory", *The review of insurance studies*, 1, 1955, pp. 26-28
- DINIS, JOAQUIM JOSÉ DE SOUSA, "Avaliação e reparação do dano patrimonial e não patrimonial (no domínio do Direito civil)", *Revista Portuguesa de Dano Corporal*, 19, 2009, pp. 51-68
- DOHERTY, NEIL, "Innovation in corporate risk management: the case of catastrophe risk", in *Handbook of Insurance*, GEORGES DIONNE (coord.), Kluwer, Dordrecht, 2000, pp. 503-539
- DONATI, ANTIGONO, *Il contratto di assicurazione del Codice civile, Commento agli artt. 1882-1932*, Rivista "Assicurazioni", Roma, 1943
- , *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private, II*, Dott. Antonio Giuffrè, Milão, 1954
- , *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private, III*, Dott. Antonio Giuffrè, Milão, 1956
- DORN, FRANZ, "§ 241", in *HKK, II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, §§ 241-342*, MATHIAS SCHMOECKEL/JOACHIM RÜCKERT/REINHARD ZIMMERMANN (coord.), Mohr Siebeck, Tübinga, 2007, pp. 137-246
- DÖRNER, HEINRICH, "Vorbemerkungen zu § 178 VVG", *MüKo VVG, II*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2011, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 13.01.2015)
- , "VVG § 178 Leistung des Versicherers", *MüKo VVG, II*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2011, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a

- 14.01.2015)
- , "VVG § 183 Herbeiführung des Versicherungsfalls", *MüKo VVG, II*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2011, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 14.01.2015)
- DREHER, MEINRAD, *Die Versicherung als Rechtsprodukt, Die Privatversicherung und ihre rechtliche Gestaltung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1991
- DUBUISSON, BERNARD, "Risque et sinistre en assurance protection juridique", in *Aspects particuliers de l'assurance protection juridique*, PHILIPPE COLLE/JEAN-LUC FAGNART (coord.), Maklu/Bruylant, Antuérpia/Bruxelas, 1998, pp. 33-61
- , "Actualités législatives et jurisprudentielles dans les assurances de choses et de frais", in *Actualités en droit des assurances*, CATHERINE PARIS/BERNARD DUBUISSON (coord.), Anthemis, Liège, 2008, pp. 127-199
- , "La faute intentionnelle en droit des assurances – L'éclairage du droit pénal", *RGAR*, 1, 2010, pp. 14586(1)-14586(7)
- , "Solidarité, segmentation et discrimination en assurances, Nouveau débat, nouvelles questions", in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Bigot*, JÉRÔME KULLMANN (coord.), L.G.D.J., Lextenso Éditions, Paris, 2010, pp. 105-123
- DURANTE, VINCENZO, "Onere", in *Enc. Giur.*, Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1990, pp. 1-10
- DURRY, GEORGES, "La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque, (Une proposition de réforme pour trancher le noeud gordien)", in *Études offertes à Hubert Groutel, Responsabilité civile et assurances*, LexisNexis Litec, Paris, 2006, pp. 129-144
- EGGERS, PETER MACDONALD/PICKEN, SIMON/FOSS, PATRICK, *Good faith and insurance contracts*, Lloyd's List, 2010, disponível em <https://www.i-law.com/> (consultado pela última vez a 05.02.2104)
- EHRENBERG, VICTOR, *Versicherungsrecht, I*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1893
- EHRENZWEIG, ALBERT, "Die schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalls und die Personenhäufung im Versicherungsverhältnis", *ZVersWiss*, 1923, pp. 34-48
- , *Die Rechtsordnung der Vertragsversicherung, Das Gesetz über den Versicherungsvertrag und das Versicherungsregulativ samt Nebenvorschriften*, Manzsche, Viena, 1929
- , *Versicherungsvertragsrecht (Reichsrecht und österreichisches Recht, mit den tschechoslowakischen Besonderheiten), I*, Manzsche, Viena/Leipzig, 1935
- , *Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht*, Springer, Viena, 1952
- ÉMÉRIGON/BOULAY-PATY, P. S., *Traité des assurances et des contrats à la grosse D'Émérigon*, Chez Molliex/Chez Charles-Béchet, Rennes/Paris, 1827
- EMMERICH, VOLKER, *Das Recht der Leistungsstörungen*, C. H. Beck, Munique, 2005
- ERNST, WOLFGANG, "BGB § 280", *MüKo BGB, II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432*, WOLFGANG KRÜGER (coord.), C. H. Beck, Munique, 2012, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 20.05.2015)
- ESSER, JOSEF, *Recensão a Reimer Schmidt, "Die Obliegenheiten"*, *Journal*, Issue, 1955, pp. 49-52

- ESSER, JOSEF/SCHMIDT, EIKE, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil, I, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995
- EUROPE ECONOMICS, *Retail Insurance Market Study MARKT/2008/18/H*, 2009, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/docs/motor/20100302rim_en.pdf (consultado pela última vez a 12.11.2014)
- EWALD, FRANÇOIS, "Risk in contemporary society", *CILJ*, 2, 1999-2000, pp. 365-379
- FAGNART, JEAN-LUC, *Le contrat d'assurance*, Wolters Kluwer Belgium, Waterloo, 2012
- FANELLI, GIUSEPPE, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Revista "Assicurazioni", Roma, 1945
- , "Considerazione sugli oneri nell'assicurazione", *RDComm*, 1946, pp. 159-165
- , *Le assicurazioni, I, Introduzione, analisi e qualificazione del rapporto assicurativo*, Dott. A Giuffrè, Milão, 1973
- , "Assicurazione, II) Assicurazione contro i danni", in *Enc. Giur.*, Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1988, pp. 1-30
- FARENGA, LUIGI, *Diritto delle assicurazioni private*, G. Giappichelli, Turim, 2010
- FARIA, JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE, *Direito das obrigações, I*, s.ed., Porto, 1987
- FARIA, RITA LYNCE DE, *A inversão do ónus da prova no Direito civil português*, Lex, Lisboa, 2001
- FARSACI, BENEDETTO, "Le teoriche sul contratto di assicurazione", *Assicurazioni*, 1, 2007, pp. 57-91
- FAUSTEN, THOMAS, "VVG § 14 Fälligkeit der Geldleistung", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 26.11.2013)
- FENYVES, ATTILA, "§ 6", in *Versicherungsvertragsgesetz*, ATTILA FENYVES/MARTIN SCHAUER (coord.), Verlag Österreich, Viena, 2014, pp. 1-49
- FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *A teoria da imprevisão no Direito civil português*, Quid Iuris, Lisboa, 2001
- , *Teoria geral do Direito civil, II, Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2010
- FERREIRA, RUI CARDONA, "A perda de chance – análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática", *O Direito*, 1, 2012, pp. 29-58
- FERRI, GIOVANNI B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 1966
- FIKENTSCHER, WOLFGANG/HEINEMANN, ANDREAS, *Schuldrecht*, De Gruyter, Berlim, 2006
- FLOUR, JACQUES/AUBERT, JEAN-LUC/SAVAUX, ÉRIC, *Droit civil, Les obligations, III, Le rapport d'obligation*, Dalloz-Sirey, 2013, disponível em <https://itunes.apple.com/pt/book/droit-civil.-les-obligations/id756584643?l=en&mt=11> (consultado pela última vez a 01.06.2015)
- , *Droit civil, Les obligations, I, L'acte juridique*, Dalloz-Sirey, 2014, disponível em <https://itunes.apple.com/pt/book/droit-civil.-les-obligations/id924841863?l=en&mt=11> (consultado pela última vez a 01.06.2015)
- FLUME, WERNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschäft*,

- Springer, Berlim/Heidelberg, 1992
- FOMBUENA, MARIA DOLORES GRAMUNT, "Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones", in *Ley de Arrendamientos Urbanos, Comentarios y Jurisprudencia doce años después*, EUGENIO LLAMAS POMBO (coord.), La Ley/ Wolters Kluwer, Madrid, 2007, pp. 701-764
- FONTAINE, MARCEL, "Déchéances, exclusions, définitions du risque et charge de la preuve en droit des assurances, Anotação aos acórdãos da *Cour de Cassation, 1.re chambre*, de 7 de Junho de 2001 e de 18 de Janeiro de 2002", *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 1, 2003, pp. 5-73
- , *Droit des assurances*, Larcier, Bruxelas, 2010
- FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *Contrato e deveres de protecção, Suplemento XXXVIII ao BFDUC*, Coimbra, 1994
- , "A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigatoria e aquiliana", *Direito e Justiça*, 1, 1998, pp. 297-311
- , *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2007
- , "A ordem pública no domínio dos contratos", in *Ars iudicandi, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Volume II: Direito Privado*, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/JOSÉ DE FARIA COSTA (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 255-268
- , "Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias", *ROA*, 3-4, 2009, pp. 633-695
- , *Direito civil, Responsabilidade civil, O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2010
- , "Os deveres (ditos) "acessórios" e o arrendamento", *ROA*, 1, 2013, pp. 267-290
- FRAMHEIN JR., ERNST *Die Herbeiführung des Versicherungsfalles*, E. S. Mittler & Sohn, Berlim, 1927
- FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *A acção declarativa comum à luz do Código revisto*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011
- , "Contrato de swap meramente especulativo, Regime de validade e alteração de circunstâncias", *ROA*, 4, 2012, pp. 943-970
- , *Introdução ao Processo civil*, Almedina, Coimbra, 2013
- FUCHS, ANDREAS, "§ 307 Inhaltskontrolle ", in *AGB Recht Kommentar*, PETER ULMER/HANS E. BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN (coord.), Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2011, pp. 564-814
- FUHRER, STEPHAN, "Vorbemerkungen zu Art. 28-32", in *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)*, HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ANTON K. SCHNYDER (coord.), Helbing & Lichtenhahn, Basileia/Genebra/Munique, 2001, pp. 378-423
- GABRIELLI, ENRICO, "Il contratto e l'operazione economica", *RDC*, 2, 2003, pp. 93-114
- GALVÃO, PEDRO, "Introdução", in *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Edições 70, Lisboa, 2014, pp. I-LVIII
- GAMBINO, AGOSTINO, "Assicurazione, I) Assicurazione in generale", in *Enc. Giur.*, Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1988, pp. 1-20
- GARRIGUES, JOAQUIN, *Contrato de seguro terrestre*, s. ed., Madrid, 1982
- GÄRTNER, RUDOLPH, "L'obligation de sauvetage", in *L'harmonisation du droit du*

- contrat d'assurance dans la C.E.E. Harmonization of insurance contract law in the E.E.C. Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts in der E.E.G.*, Établissements Emile Bruylant, Bruxelas, 1981, pp. 425-440
- GASPERONI, NICOLA, "Apposizione di oneri al beneficio nel contratto a favore di terzo", *Assicurazioni*, I, 1955, pp. 30-47
- , "Contratto di assicurazione (in generale)", in *Nov. Dig. it.*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turim, 1957, pp. 563-609
- GELATO, PAOLA, "Onere", in *Dig. Civ.*, XIII, UTET, Turim, 1995, pp. 59-65
- GERALDES, ANTÓNIO SANTOS ABRANTES, "O novo regime do contrato de seguro, Antigas e novas questões", 2010, disponível em <http://www.trl.mj.pt/PDF/REGIME.pdf> (consultado pela última vez a 15.01.15)
- GERALDES, SARA, "A culpa do lesado", *O Direito*, 141, 2009, pp. 339-375
- GERNHUBER, JOACHIM, *Das Schuldverhältnis, Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1989
- GIERKE, JULIUS VON, "Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden", *Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht*, 1909, pp. 721-744
- GOBBI, ULISSE, "Osservazioni sulla relazione fra caratteri economici e caratteri giuridici dell'assicurazione", *Assicurazioni*, I, 1936, pp. 254-283
- GOLDSCHMIDT, JAMES, *Der Prozess als Rechtslage, Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Julius Springer, Berlim, 1925
- GOLDSCHMIDT, LEVIN, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Ferdinand Enke, Estugarda, 1891
- GOLLIER, CHRISTIAN, "Analyse économique de l'assurabilité", s.d., disponível em [http://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf/html/Risques_54_0015.htm/\\$file/Risques_54_0015.htm](http://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf/html/Risques_54_0015.htm/$file/Risques_54_0015.htm) (consultado pela última vez a 29.10.14)
- GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *A gestão de negócios, Um instituto jurídico numa encruzilhada*, Separata ao BFDUC, volume XXXIX, Coimbra, 1993
- , "Breves reflexões sobre a noção de acidente de trabalho no novo (mas não muito) regime dos acidentes de trabalho", in *I Congresso Nacional de Direito dos Seguros*, ANTÓNIO MOREIRA/M. COSTA MARTINS (coord.), Almedina, Coimbra, 2000, pp. 205-218
- , "O dever de informação do tomador de seguro na fase pré-contratual", in *II Congresso Nacional de Direito dos Seguros, Memórias*, ANTÓNIO MOREIRA/MANUEL DA COSTA MARTINS (coord.), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 75-113
- , "A gestão de negócios: "A Oeste nada de novo?""", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Volume III, Direito das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 39-62
- , "Em torno do dano da perda de chance – algumas reflexões", in *Ars iudicandi, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, II, Direito privado*, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/J. J. GOMES CANOTILHO/JOSÉ DE FARIA COSTA (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 289-327
- , "Da exceção de não cumprimento parcial e da sua invocação de acordo com a boa fé", Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10.03.2008, Proc. 544/08", *Cadernos de Direito Privado*, 25, 2009, pp. 51-67
- , "Do dever ou ónus de salvamento no novo regime jurídico do contrato de seguro

- (Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16/4)", *Cadernos de Direito Privado*, 28, 2009, pp. 3-22
- , "Da sub-rogação legal do segurador à luz da nova lei do contrato de seguro (Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril)", in *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanchez, II*, PAULO OTERO/FERNANDO ARAÚJO/JOÃO TABORDA DA GAMA (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 449-484
- , "O dever de informação do (candidato a) tomador do seguro na fase pré-contratual à luz do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 387-445
- , *O acidente de trabalho, O acidente in itinere e a sua descaracterização*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013
- GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, *Comentário ao Código Comercial português, II*, Edições José Bastos, Lisboa, 1916
- GONÇALVES, M. MAIA, *Código Penal Português*, Almedina, Coimbra, 2002
- GOTTSCHALK, ALFRED, "Der Begriff der Obliegenheiten und die Haftung des Versicherungsnehmers für Hilfspersonen", *ZVersWiss*, 1917, pp. 191-223
- GREER, WILLIAM B., *Ethics and uncertainty: the economics of John M. Keynes and Frank H. Knight*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2000
- GREGER, REINHARD, "Mitverschulden und Schadensminderungspflicht – Treu und Glauben im Haftungsrecht?", *NJW*, 1985, pp. 1130-1134
- GRIGOLEIT, HANS CHRISTOPH, "Leistungspflichten und Schutzpflichten", in *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, ANDREAS HELDRICH/JÜRGEN PRÖLSS/INGO KOLLER (coord.), C. H. Beck, Munique, 2007, pp. 275-306
- GROUDEL, HUBERT, "Faute et assurance", *RCA*, 6, 2003, pp. 56-58
- , "Assuré en état d'imprégnation alcoolique lors de l'accident (de la circulation), Anotação ao acórdão do *Cour de Cassation*, 2.ª Câmara Civil, de 7 de Outubro de 2004", *RCA*, 1, 2005, pp. 28-30
- , "Assuré décédé par asphyxie, des suites de l'ingestion, par "fausse route alimentaire", d'un aliment ayant obstrué ses voies aériennes, Anotação ao acórdão do *Cour de Cassation*, 2.ª Câmara Civil, de 24 de Maio de 2006", *RCA*, 9, 2006, pp. 21
- GROUDEL, HUBERT/LEDUC, FABRICE/PIERRE, PHILIPPE/ASSELAIN, MAUD, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis, Paris, 2008
- GRUNDMANN, STEFAN, "BGB § 276 Verantwortlichkeit des Schuldners", *Münchener Kommentar zum BGB, II*, WOLFGANG KRÜGER (coord.), C. H. Beck, Munique, 2012, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 21.05.2015)
- GUASTALLA, EMANUELE LUCCHINI, "Assicurazione contro gli infortuni, omicidio dell'assicurato e diritto alla somma dovuta dall'assicuratore, Anotação ao acórdão da *Corte d'Appello* de Bolonha, de 22 de Novembro de 2001", *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2003, pp. 171-178
- GUIMARÃES, MARIA DE NAZARETH LOBATO, "Ainda sobre menores e consultas de planeamento familiar", *Revista do Ministério Público*, 10, 1982, pp. 193-201
- HAGEN, OTTO, "VIII, 1", in *Handbuch des gesamten Handelsrechts, mit Einschluß des Wechsel-, Scheck-, See- und Binnenschiffrechts, des Versicherungsrechts sowie des Post- und Telegraphenrechts*, VICTOR EHRENBERG (coord.), O. R. Reisland, Leipzig, 1922

- HÄHNCHEN, SUSANNE, *Obliegenheiten und Nebenpflichten*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2010
- HANNEMANN, BRITTA, *Neubegründung der Lehre vom gedehnten Versicherungsfall*, VVW, Karlsruhe, 1996
- HEIMER, CAROL, *Reactive risk and rational action, Managing moral hazard in insurance contracts*, University of California Press, Berkeley/Los Angeles/Londres, 1985
- HEINEMANN, KLAUS, *Die Beweislastverteilung bei positiven Forderungsverletzungen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung des französischen Rechts*, Carl Heymanns, Colonia/Berlin/Bona/Munich, 1988
- HEISS, HELMUT, "§ 28", in *Bruck/Möller, I*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/KATHARINA JOHANNSEN/RALF JOHANNSEN (coord.), *De Gruyter Recht*, Berlin, 2008, pp. 788-890
- , "Optionales europäisches Versicherungsvertragsrecht", *RabelsZ*, 76, 2012, pp. 316-338
- HEISS, HELMUT/LOACKER, LEANDER D., "Das ABGB und das Versicherungsgeschäft, Von den Anfängen zur möglichen Zukunft versicherungsvertraglicher Regelungen in und für Österreich", in *Festschrift 200 Jahre ABGB*, CONSTANZE FISCHER-CZERMAK/GERHARD HOPF/GEORG KATHREIN, et al. (coord.), Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Vienna, 2011, pp. 403-424
- HELLWEGE, PHILLIP, "Obliegenheiten im Versicherungsvertragsrecht aus historisch-vergleichender Perspektive", *RabelsZ*, 76, 2012, pp. 864-892
- HENSSLER, MARTIN, *Risiko als Vertragsgegenstand*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1994
- HEß, RAINER, "Die Quotenbildung nach dem VVG – Erfahrungen seit 2008", *r+s*, 2013, pp. 1-10
- HILDEBRAND, EBERHARD/HITZER, KLAUS/PÜSCHEL, KLAUS, *Simulation und Selbstbeschädigung – unter besonderer Berücksichtigung des Versicherungsbetrugs*, VVW, Karlsruhe, 2001
- HOLMES, OLIVER WENDELL, "The path of law", *Harvard Law Review*, 1996-1997, pp. 991-1009
- HÖNGER, ANDREAS/SÜSSKIND, MARCEL, "Art. 14", in *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)*, HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ANTON K. SCHNYDER (coord.), Helbing & Lichtenhahn, Basilea/Genebra/Munich, 2001, pp. 232-266
- , "Art. 61", in *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)*, HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ANTON K. SCHNYDER (coord.), Helbing & Lichtenhahn, Basilea/Genebra/Munich, 2001, pp. 855-868
- HONORÉ, ANTONY, "Causation in the law", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Universidade de Stanford, 2010, disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/causation-law/> (consultado pela última vez a 02.05.2014)
- HÖRSTER, HEINRICH EWALD, *A parte geral do Código Civil português, Teoria geral do Direito civil*, Almedina, Coimbra, 1992
- HOUSTON, DAVID B., "Risk, insurance and sampling", in *Essays in the theory of risk and insurance*, J. D. HAMMOND (coord.), Scott, Foresman and Company, Glenview, 1968, pp. 150-186

- HUBER, ULRICH, "Verpflichtungszweck, Vertragsinhalt und Geschäftsgrundlage", *JuS*, 2, 1972, pp. 57-65
- HÜBNER, ULRICH, "Auswirkungen der europarechtlich vorgegebenen Änderungen des AGB-Gesetzes und des Versicherungsaufsichtsrechts auf die richterliche Kontrolle von Allgemeinen Versicherungsbedingungen", in *Karlsruher Forum 1997, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen nach der Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträge*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1998, pp. 43-64
- HÜTT, STEPHAN, "VVG § 201 Herbeiführung des Versicherungsfalles", *MüKo VVG, III*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2009, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 18.01.2014)
- IRTI, NATALINO, "La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere", in *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, NATALINO IRTI (coord.), Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1973, pp. 51-122
- JAKOBS, GÜNTHER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch*, Walter de Gruyter, Berlim/Nova Iorque, 1983
- JANSEN, NILS, "§ 254. Mitverantwortlichkeit des Geschädigten", in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: allgemeiner Teil, 1. Teilband, §§ 241-304*, MATHIAS SCHMOECKEL/JOACHIM RÜCKERT/REINHARD ZIMMERMANN (coord.), Mohr Siebeck, Tubinga, 2007, pp. 655-714
- JESCHECK, HANS-HEINRICH, "Vor § 13", in *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, I, Einleitung, §§ 1 bis 31*, HANS-HEINRICH JESCHECK/WOLFGANG RUB/GÜNTHER WILLMS (coord.), Walter de Gruyter, Berlim/Nova Iorque, 1985
- JOHANNSEN, KATHARINA, "§ 85 Schadenersmittlungskosten", in *Bruck/Möller, III*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/RALF JOHANNSEN (coord.), De Gruyter Recht, Berlim, 2010, pp. 495-506
- JOHANNSEN, RALF/JOHANNSEN, KATHARINA, "H. Rechtspflichten des Feuerversicherers", in *Bruck/Möller Kommentar, III, Feuerversicherung*, HANS MÖLLER/KARL SIEG/RALF JOHANNSEN (coord.), De Gruyter Recht, Berlim, 2002, pp. 497-810
- JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1995
- JÚNIOR, EDUARDO SANTOS, "'Mitigation of damages", redução de danos pela parte lesada e "culpa do lesado"', in *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO/LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO/JANUÁRIO DA COSTA GOMES (coord.), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 349-367
- KAMPMANN, AXEL, "Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Repräsentantenbegriff – Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.4.1993 (IV ZR 34/92) VersR 93, 828 mit Anm von Lücke VersR 93, 1098", *VersR*, 7, 1994, pp. 277-281
- KANT, IMMANUEL, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Edições 70, Lisboa, 2014 (trad. do original *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Bruno Cassirer, Berlim, 1922, por PAULO QUINTELA)
- KARTEN, WALTER, "How to Expand the Limits of Insurability", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 85, 1997, pp. 515-522

- KAST, ROBERT/LAPIED, ANDRÉ, *Economics and finance of risk and the future*, John Wiley and Sons, West Sussex, 2006
- KATH, WALTER, "§ 25", in *Versicherungsvertragsgesetz*, ATTILA FENYVES/MARTIN SCHAUER (coord.), Verlag Österreich, Viena, 2014, pp. 1-11
- KATZWINKEL, ANNETTE, *Alles-oder-Nicht-Prinzip und soziale Sensibilität von Versicherungen, Reformüberlegungen zum Versicherungsvertragsgesetz*, VVW, Karlsruhe, 1994
- KEETON, W. PAGE/DOBBS, DAN B./KEETON, ROBERT E./OWEN, DAVID G., *Prosser and Keeton on the law of torts*, West Publishing, St. Paul, 1984
- KELLER, MAX/TÄNNLER, KARL, *Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, I, Allgemeine Bestimmungen*, K. J. Wyss Erben, Berna, 1968
- KENNEDY, DUNCAN/BELLEAU, MARIE-CLAIRE, "La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 56, 2006, pp. 163-211
- KEYNES, JOHN MAYNARD, *A treatise on probability*, Macmillan and Co., Londres, 1921
- KISCH, WILHELM, *Handbuch des Privatversicherungsrechtes, II, Die Lehre von der Versicherungsgefahr*, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier), Munique/Berlin/Leipzig, 1920
- , "Zum Kausalproblem im Versicherungsrecht", *Wirtschaft und Recht der Versicherung*, 1926, pp. 1-86
- KLEINDORFER, PAUL/KUNREUTHER, HOWARD, "The complementary roles of mitigation and insurance in managing catastrophic risks", 1997, disponível em <http://dlc25a6gwz7q5e.cloudfront.net/papers/40.pdf> (consultado pela última vez a 28.10.2014)
- , "Challenges facing the insurance industry in managing catastrophic risks", in *The Financing of Catastrophe Risk*, KENNETH A. FROOT (coord.), University of Chicago Press, Chicago, 1999, pp. 149-194
- KLIMKE, DOMINIK/PRÖLSS, JÜRGEN, "VVG § 47 Kenntnis und Verhalten des Versicherten", *Prölss/Martin Kommentar*, CHRISTIAN ARMBRÜSTER/HEINRICH DÖRNER/DOMINIK KLIMKE, et al. (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em (consultado pela última vez a
- KNAPPMANN, ULRICH, "§ 178", *Prölss/Martin Kommentar*, C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 17.01.2014)
- , "§ 179", *Prölss/Martin Kommentar*, CHRISTIAN ARMBRÜSTER/HEINRICH DÖRNER/DOMINIK KLIMKE, et al. (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 17.01.2014)
- , "VVG § 183 Herbeiführung des Versicherungsfalles", *Prölss/Martin Kommentar*, CHRISTIAN ARMBRÜSTER/HEINRICH DÖRNER/DOMINIK KLIMKE (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 17.01.2014)
- , "Psychische Erkrankungen und psychische Einwirkungen in der privaten Unfallversicherung", in *Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht, Festschrift für Egon Lorenz zum 80. Geburtstag*, MANFRED WANDT/PETER REIFF/DIRK LOOSCHELDERS, et al. (coord.), Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2014, pp. 175-185
- KNIGHT, FRANK H., *Risk, uncertainty and profit*, Augustus M. Kelley, Nova Iorque,

1964

- KOCH, PETER, "100 Jahre Versicherungsvertragsgesetz, Willkommen und Abschied", in *Beiträge zur Geschichte des deutschen Versicherungswesens*, PETER KOCH (coord.), Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2015, pp. 54-60
- KOCH, ROBERT, "§ 82", in *Bruck/Möller, III*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/RALF JOHANNSEN (coord.), De Gruyter Recht, Berlin, 2010,
- , "§ 83", in *Bruck/Möller, III*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/KATHARINA JOHANNSEN, et al. (coord.), De Gruyter Recht, Berlin, 2010, pp. 419-457
- , "Abschied von der Rechtsfigur der verhüllten Obliegenheit", in *Festschrift für Attila Fenyves*, STEPHAN PERNER/DANIEL RUBIN/MARTIN SPITZER, et al. (coord.), Verlag Österreich, Viena, 2013, pp. 541-563
- KOENIG, WILLY, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht, System des Versicherungsvertrages und der einzelnen Versicherungsarten*, Herbert Lang & Cie., Berna, 1967
- KOLBE, SEBASTIAN, "Vorsatz und Arglist", *JZ*, 11, 2009, pp. 550-557
- KOLLHOSSER, HELMUT, "Bereicherungsverbot, Neuwertversicherung, Entwertungsgrenzen und Wiederherstellungsklauseln", *VersR*, 13, 1997, pp. 521-525
- , "§ 49", in *Prölss/Martin Kommentar*, C. H. Beck'sche, Munique, 2004, pp. 485-501
- KOMMISSION ZUR REFORM DES VERSICHERUNGSVERTRAGSRECHTS, *Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 19 April 2004*, 2004, disponível em http://beck-aktuell.beck.de/sites/default/files/rsw/upload/Beck_Aktuell/abschlussbericht.pdf (consultado pela última vez a 10.09.2012)
- KÖNDGEN, JOHANNES, "Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht, Bemerkungen zum "Hypothekenzins-" und zum "Wertstellungs-Urteil" des BGH", *NJW*, 15, 1989, pp. 943-952
- KOTOWITZ, Y., "Moral hazard", STEVEN N. DURLAUF/LAWRENCE BLUME (coord.), Palgrave Macmillan, 2008, disponível em http://www.dictionarofeconomics.com/article?id=pde2008_A000040 (consultado pela última vez a 07.10.2008)
- KÖTZ, HEIN/WAGNER, GERHARD, *Deliktsrecht*, Franz Vahlen, Munique, 2010
- KOZIOL, HELMUT, "Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten: Spiegelbild- oder Differenzierungsthese", in *Medizin und Haftung, Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag*, HANS-JÜRGEN AHRENS/CHRISTIAN VON BAR/GERFRIED FISCHER, et al. (coord.), Springer, Berlin/Heidelberga, 2009, pp. 781-794
- KULLMANN, JÉRÔME, "Anotação ao ac. da Cour de cassation (1re Ch. civ.) 30 mai 1995", *RGDA*, 3, 1995, disponível em <http://www.lextenso.fr> (consultado pela última vez a 03.05.2015)
- , "Anotação aos acs. da Cour de Cassation, 3.ª Câmara Civil, de Março de 2010, 2.ª Câmara Civil, de 1 de Julho de 2010 e 2.ª Câmara Civil, de 1 de Julho de 2010", *RGDA*, 3, 2010, pp. 685-691
- LA TORRE, ANTONIO, "I sinistri cagionati con colpa grave dell'assicurato", in *Scritti di Diritto assicurativo*, ANTONIO LA TORRE (coord.), Dott. A. Giuffrè, Milão, 1979, pp. 331-420
- , "Responsabilità e autoresponsabilità nell'assicurazione (art. 1900 Cod. civ.)", in *Scritti di Diritto assicurativo*, ANTONIO LA TORRE (coord.), Dott. A. Giuffrè

- Milão, 1979, pp. 423-461
- , *L'Assicurazione nella Storia delle Idee*, Suplemento ao n.º 5/1995 da Revista "Assicurazioni", Istituto Nazionale delle Assicurazioni, Florença, 1995
- LAMBERT-FAIVRE, YVONNE/LEVENEUR, LAURENT, *Droit des assurances*, Dalloz, Paris, 2005
- LANGE, HERMANN/SCHIEMANN, GOTTFRIED, *Schadenersatz*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2003
- LANGHEID, THEO, "VVG § 25 Leistungsfreiheit des Versicherers wegen Gefahrerhöhung", *Römer/Langheid*, C. H. Beck, Munique, 2003, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 10.09.2012)
- , "Die Reform des Versicherungsvertragsgesetzes, 1. Teil: Allgemeine Vorschriften", *NJW*, 2007, pp. 3665-3672
- LARENZ, KARL, "Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht", in *Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, I, Deutsches Privat- und Zivilprozessrecht, Rechtsvergleichung*, ERNST VON CAEMMERER/ARTHUR NIKISCH/KONRAD ZWEIGERT (coord.), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tubinga, 1963, pp. 169-200
- , *Richtiges Recht*, C. H. Beck, Munique, 1979
- , *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, C. H. Beck'sche, Munique, 1987
- , *Metodologia da ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2009 (trad. do original *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, 1991, por JOSÉ LAMEGO)
- LARENZ, KARL/CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderer Teil, 2* C. H. Beck'sche, Munique, 1994
- LARENZ, KARL/WOLF, MANFRED, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Verlag C.H. Beck, Munique, 2004
- LAUMEN, HANS-WILLI/PRÜTTING, HANNS, *Handbuch der Beweislast, Grundlagen*, GOTTFRIED BAUMGÄRTEL/HANS-WILLI LAUMEN/HANNS PRÜTTING (coord.), Carl Heymanns, Colónia/Munique, 2009
- LAW COMMISSION/SCOTTISH LAW COMMISSION, *Consumer insurance law: pre-contract disclosure and misrepresentation*, 2009, disponível em http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc319_Consumer_Insurance_Law.pdf (consultado pela última vez a 27.06.2012)
- LAW COMMISSION/SCOTTISH LAW COMMISSION, *Insurance contract law: Business disclosure; warranties; insurer's remedies for fraudulent claims; and late payment* 2014, disponível em <http://www.lawcom.gov.uk/project/insurance-contract-law-business-disclosure-warranties-insurers-remedies-for-fraudulent-claims-and-late-payment/> (consultado pela última vez a 03.03.2015)
- LEAL-HENRIQUES, MANUEL DE OLIVEIRA/SANTOS, MANUEL JOSÉ CARRILHO DE SIMAS, *Código Penal anotado, II Volume (art.ºs 131.º a 386.º)*, Rei dos Livros, Lisboa, 2000
- LEDUC, FABRICE, "Déchéance pour déclaration tardive de sinistre et préjudice de l'assureur", in *Études offertes à Hubert Groutel, Responsabilité civile et assurances*, LexisNexis Litec, Paris, 2006, pp. 247-262
- LEGH-JONES, NICHOLAS/BIRDS, JOHN/OWEN, DAVID G., *MacGillivray on Insurance Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2008
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito das obrigações, I*, Almedina,

- Coimbra, 2009
- LEVERENZ, KENT, "§ 178", in *Bruck/Möller, IX*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/KATHARINA JOHANNSEN/RALF JOHANNSEN (coord.), De Gruyter, Berlim/Nova Iorque, 2010, pp. 58-162
- , "Vorbemerkungen zu § 178, Allgemeines zur Unfallversicherung", in *Bruck/Möller, IX*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/KATHARINA JOHANNSEN/RALF JOHANNSEN (coord.), De Gruyter, Berlim/Nova Iorque, 2010, pp. 1-57
- LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES DE/VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES/MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *Código Civil Anotado, Volume I (Artigos 1.º a 761.º)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1987
- LINHARES, AROSO, *O Direito como mundo prático autónomo: "equivocos" e possibilidades, Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do direito*, s.ed., Coimbra, 2013
- LOOSCHELDERS, DIRK, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1999
- , "Schuldhaftes Herbeiführung des Versicherungsfalles nach der VVG-Reform", *VersR*, 1, 2008, pp. 1-7
- , "§ 17. Haftung des Versicherungsnehmers für Dritte", *Versicherungsrechtshandbuch*, ROLAND MICHAEL BECKMANN/ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN (coord.), C. H. Beck, Munique, 2009, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 10.09.2012)
- , "Quotelung bei Obliegenheitsverletzungen: Alles, Nichts oder die Hälfte", *ZVersWiss*, 98, 2009, pp. 13-33
- , "Rettungsobliegenheit des Versicherungsnehmers und Ersatz der Rettungskosten nach dem neuen VVG", in *Medizin und Haftung, Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag*, HANS-JÜRGEN AHRENS/CHRISTIAN VON BAR/GERFRIED FISCHER, et al. (coord.), Springer, Berlim/Heidelberga, 2009, pp. 835-855
- , "§ 83", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 26.02.2011)
- , "VVG § 1 Vertragstypische Leistungen", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 26.11.2013)
- , "VVG § 81 Herbeiführung des Versicherungsfalles", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 26.02.2011)
- , "VVG § 82. Abwendung und Minderung des Schadens", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 26.02.2011)
- , *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Verlag Franz Vahlen, Munique, 2011
- LOPES, DULCE, *O princípio da proporcionalidade no Direito comunitário, Uma perspectiva de controlo*, s. ed., Coimbra, 2003
- LORENZ, EGON, "Der Tu-quoque-Einwand beim Rücktritt der selbst vertragsuntreuen Partei wegen Vertragsverletzung des Gegners – BGH,

- WPM 1970, 1246", *JuS*, 6, 1972, pp. 311-315
- , "Zur quotalen Kürzung der Leistungspflicht des Versicherers bei grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalls durch den Versicherungsnehmer", in *Medizin und Haftung, Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag*, HANS-JÜRGEN AHRENS/CHRISTIAN VON BAR/GERFRIED FISCHER, et al. (coord.), Springer, Berlin/Heidelberg, 2009, pp. 855-868
- LOUREIRO, JOÃO CARLOS, "Aegrotationis medicinam ab iure peto?, Notas sobre a saúde, a doença e o direito", *Cadernos de Bioética*, 25, 2001, pp. 19-53
- LÖWISCH, MANFRED, "BGB § 282", in *Staudinger BGB, II, Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 255-327 MANFRED LÖWISCH (coord.), J. Schweitzer, Berlin, 1979, pp. 100-109
- , "BGB § 276 Verantwortlichkeit des Schuldners", in *Staudinger BGB, II, Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 255-314, MANFRED LÖWISCH (coord.), Sellier – de Gruyter, Berlin, 2001, pp. 285-321
- LOWRY, JOHN/RAWLINGS, PHILIP/MERKIN, ROB, *Insurance law: Doctrines and principles*, Hart Publishing, Oxford/Portland Oregon, 2011
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA, "Pressupostos da resolução por incumprimento", in *Obra dispersa, Direito privado, I*, PEDRO BACELAR DE VASCONCELOS (coord.), Scientia Iuridica, Braga, 1991, pp. 125-193
- , "Risco contratual e mora do credor (Risco de perda do valor-utilidade ou do rendimento da prestação e de desperdício da capacidade de prestar vinculada)", in *Obra dispersa, Direito privado, I*, PEDRO BACELAR DE VASCONCELOS (coord.), Scientia Iuridica, Braga, 1991, pp. 257-343
- , "Tutela da confiança e "venire contra factum proprium"", in *Obra dispersa, Direito privado, I*, PEDRO BACELAR DE VASCONCELOS (coord.), Scientia Iuridica, Braga, 1991, pp. 345-423
- , *Lições de Direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 2011
- MACHADO, MIGUEL NUNO PEDROSA, "Sobre cláusulas contratuais gerais e conceito de risco", *RFDUL*, 1988, pp. 77-153
- MACHUCA, PABLO MARTÍNEZ-GIJÓN, *El seguro privado de dependencia*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2012
- MAGALHÃES, JOSÉ MARIA VILHENA BARBOSA DE, *Seguro contra acidentes de trabalho, I, Da responsabilidade civil pelos acidentes de trabalho e da sua efetivação pelo seguro*, Empresa Lusitana, Lisboa, 1913
- MAGNUS, ULRICH/MARTÍN-CASALS, MIQUEL, "Comparative conclusions", in *Unification of tort law: contributory negligence*, ULRICH MAGNUS/MIQUEL MARTÍN-CASALS (coord.), Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 259-291
- MAIER, KARL, "Die Leistungsfreiheit bei Obliegenheitsverletzungen nach dem Regierungsentwurf zur VVG-Reform", *r+s*, 2007, pp. 89-92
- MAIORCA, SERGIO, "Normativo (contratto)", in *Dig. Civ., XII*, UTET, Turim, 1995, pp. 169-230
- MAJELLO, UGO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1962
- MANES, ALFRED, *Versicherungswesen*, B. G. Teubner, Leipzig, 1905
- , *Versicherungswesen, I, Allgemeine Versicherungslehre*, Springer, Wiesbaden, 1922
- MARQUES, A. H. OLIVEIRA, *Para a história dos seguros em Portugal, Notas e documentos*, Arcádia, Lisboa, 1977

- MARTIN, ANTON, *Sachversicherungsrecht, Kommentar zu den allgemeinen Versicherungsbedingungen für Hausrat, Wohngebäude, Feuer, Einbruchdiebstahl und Raub, Leitungswasser, Sturm einschließlich Sonderbedingungen und Klauseln*, C. H. Beck'sche, Munique, 1992
- MARTÍN-CASALS, MIQUEL, "Líneas generales sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones por efectos adversos, errores o negligencias medicas", *RES*, 128, 2006, pp. 803-837
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito dos seguros, Apontamentos*, Principia, Cascais, 2006
- , "Modificações na legislação sobre contrato de seguro, Repercussões no regime de acidentes de trabalho", s. d., disponível em http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquiodtrabalho2008_romanomartinez.pdf (consultado pela última vez a 15.12.2014)
- MARTÍNEZ, PEDRO ROMANO, "Cláusulas contratuais gerais e cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade no contrato de seguro", *Sc. Iur.*, 306, 2006, pp. 241-261
- , *Da cessação do contrato*, Almedina, Coimbra, 2006
- , "Comentários complementares ao art. 24.º", in *LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 148-155
- , "Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico, Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 459-486
- MARTINS, MARIA INÊS DE OLIVEIRA, *O seguro de vida enquanto tipo contratual legal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010
- , "Pensamento tipológico e contrato de seguro – o seguro de vida, em particular", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, I, Responsabilidade: entre passado e futuro*, FERNANDO ALVES CORREIA/JÓNATAS E. M. MACHADO/JOÃO CARLOS LOUREIRO (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 485-510
- , "Risco moral e contrato de seguro", in *Volume de Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, ANTÓNIO JOSÉ AVELÂS NUNES/LUÍS PEDRO CUNHA/MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 637-676
- , "Seguros de vida contratados como seguros de grupo e crédito à habitação, Anotação ao ac. do TRG de 6.10.2011, Proc. 771/08", *Cadernos de Direito Privado*, 39, 2012, pp. 45-68
- , "Risk assessment vs. right to privacy: The access to health information on the insurance candidate through questionnaires and the right to privacy", *EJHL*, 2013, pp. 63-78
- , "Sobre a discriminação dos portadores de VIH/sida na contratação de seguros de vida", *BFDUC*, 2, 2013, pp. 749-800
- , "Da assimetria informativa ao excesso de informação: a protecção da reserva da vida privada da pessoa segura, no tocante à informação relativa à sua saúde", 2014, disponível em <https://apps.uc.pt/mypage/faculty/mivom/pt/publicacoes> (consultado pela última vez a 22.08.2015)
- MARTINS, ROSA, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- MATOS, FILIPE DE ALBUQUERQUE, "O seguro de provas desportivas – um seguro de

- responsabilidade civil automóvel com contornos especiais", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, II*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 143-167
- , *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011
- , "Contrato de seguro – a cobertura de actos dolosos", in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES/LUÍS PEDRO CUNHA/MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 677-701
- MATUSCHE-BECKMANN, ANNEMARIE, "§ 23", in *Bruck/Möller, I*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/KATHARINA JOHANNSEN/RALF JOHANNSEN (coord.), De Gruyter Recht, Berlim, 2008, pp. 733-758
- , "§ 24", in *Bruck/Möller, I*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/KATHARINA JOHANNSEN/RALF JOHANNSEN (coord.), De Gruyter Recht, Berlim, 2008, pp. 758-765
- , "Vorbemerkungen zu §§ 23 bis 27", in *Bruck/Möller, I*, HORST BAUMANN/ROLAND MICHAEL BECKMANN/KATHARINA JOHANNSEN/RALF JOHANNSEN (coord.), De Gruyter Recht, Berlim, 2008, pp. 731-733
- MAURER, ALFRED, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, Stämpfli & Cie, Bern, 1995
- MAYAUX, LUC, "Exclusions, conditions et déchéances: au coeur des ténèbres", *RGAR*, 9, 2012, pp. 14908(1)-14908(7)
- MEDICUS, DIETER/LORENZ, STEPHAN, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, C. H. Beck, Munique, 2012
- MEERSCH, PIERRE VAN DER, "Obligation de l'assuré de prévenir ou d'atténuer le dommage et la charge qui s'y rapporte", in *L'harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la C.E.E. Harmonization of insurance contract law in the E.E.C. Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts in der E.E.G.*, Établissements Emile Bruylant, Bruxelas, 1981, pp. 454-475
- MEKKI, MUSTAPHA, "La distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat: esquisse d'un art", *Revue de droit d'Assas*, 7, 2013, pp. 77-88
- MENDES, JOÃO DE CASTRO, *Do conceito de prova em processo civil*, Ática, Lisboa, 1961
- , *Direito processual civil, III*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1980
- MEYERS, GLENN G., "A buyer's guide for options and futures on a catastrophe index", *1996 Discussion Papers on Alternative Markets/Self Insurance*, CASUALTY ACTUARIAL SOCIETY (coord.), 1996, disponível em <http://www.casualtyactuarialsociety.org/pubs/dpp/dpp96/96dpp273.pdf> (consultado pela última vez a 7.11.2014)
- MILLAUER, HORST, *Rechtsgrundsätze der Gruppenversicherung*, Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1966
- MINISTÉRIO DAS FINANÇAS E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, *Consulta pública, Sistema de cobertura do risco de fenómenos sísmicos, Fundo sísmico, Fundo de solidariedade*, 2010, disponível em <http://www.isp.pt/NR/rdonlyres/4B871EA8-A16C-4A56-AEBB-0768E589DFA8/0/DocumentodeConsultaP%C3%BAblica.pdf> (consultado pela última vez a 29.10.14)
- MÖLLER, HANS, "Die rechtliche Konstruktion der Regeln über die schuldhafte

- Herbeiführung des Versicherungsfalles", *JRPV*, 19, 1929, pp. 325-329
- , "Die versicherungsrechtliche "Treuepflicht"", *Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift*, 3, 1929, pp. 136-142
- , "Zu den Normen über die schuldhaft Herbeiführung des Versicherungsfalles, Gleichzeitig ein Beitrag zu der Lehre von den subjektiven Gefahrumständen", *Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift*, 1929, pp. 550-562
- , "Die Rechtsnatur der Führerscheinklausel", *JRPV*, 4, 1934, pp. 49-52
- , *Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers für das Verhalten Dritter*, Walter de Gruyter, Berlin, 1939
- , "Moderne Theorien zum Begriff der Versicherung und des Versicherungsvertrages", in *Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Assicurazioni, I*, AIDA (coord.), Dott. Antonio Giuffrè, Milão, 1963, pp. 247-275
- , *Versicherungsvertragsrecht*, Betriebswirtschaftlicher Verlag Dr. Th. Gabler, Wiesbaden, 1977
- , "§ 49", in *Bruck/Möller Kommentar, II*, HANS MÖLLER (†)/KARL SIEG (coord.), Walter de Gruyter, Berlin/Nova Iorque, 1980, pp. 39-169
- , "§ 62", in *Bruck/Möller Kommentar, II*, HANS MÖLLER (†)/KARL SIEG (coord.), Walter de Gruyter, Berlin/Nova Iorque, 1980, pp. 616-649
- , "§ 63", in *Bruck/Möller Kommentar, II*, HANS MÖLLER (†)/KARL SIEG (coord.), Walter de Gruyter, Berlin/Nova Iorque, 1980, pp. 650-669
- , "VVG § 61 Schuldhaft Herbeiführung des Versicherungsfalles", in *Bruck/Möller Kommentar, II*, HANS MÖLLER (†)/KARL SIEG (coord.), Walter de Gruyter, Berlin/Nova Iorque, 1980, pp. 512-616
- MÖLLER, HANS/SEGGER, STEFAN, "VVG § 86 Übergang von Ersatzansprüchen", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 28.08.2012)
- MOMMSEN, FRIEDRICH, *Beiträge zum Obligationenrecht, II, Zum Lehre von dem Interesse*, Schmetschke und Sohn, Braunschweig, 1855
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", *ROA*, 3, 1986, pp. 733-769
- , *Contratos de distribuição comercial*, Almedina, Coimbra, 2002
- , *Erro e vinculação negocial*, Almedina, Coimbra, 2002
- , "O novo regime jurídico dos contratos de adesão/ cláusulas contratuais gerais", *ROA*, 1, 2002
- , *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003
- , "Sobre o Direito do consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor", in *Estudos de Direito do consumidor*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (coord.), Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2005, pp. 245-262
- MONTEIRO, JORGE FERREIRA SINDE, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989
- , "Acidente na auto-estrada, provocado pelo atravessamento de um animal, Anotação ao Acórdão do STJ de 12 de Novembro de 1996", *RLJ*, 131-132, 1998, pp. 48-50, 106-113, 378-380; 28- 32, 60-64, 90-96
- , *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil (Curso de mestrado)*, s. ed., Coimbra, 2001

- MOSCO, LUIGI, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1950
- MOTA, FRANCISCO GUERRA DA, *O contrato de seguro terrestre, I*, Athena, Porto, s/d
- MÚRIAS, PEDRO, "A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil", *RFDUL*, 1, 1996, pp. 171-217
- , *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lex, Lisboa, 2000
- MURPHY, JOHN/WITTING, CHRISTIAN/GOUDKAMP, JAMES, *Street on torts*, Oxford University Press, Oxford, 2012
- NASSETTI, FRANCESCO CAPUTO, "I contratti derivati sulla longevità: *longevity swap, forward e bond*", *Assicurazioni*, 3, 2013, pp. 377-399
- NETO, ABÍLIO, *Código Comercial e Contratos comerciais, Anotado*, Ediforum, Lisboa, 2008
- NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA, *Questão-de-facto – Questão de Direito ou O problema metodológico da juridicidade, (Ensaio de uma reposição crítica), I, A crise*, Almedina, Coimbra, 1967
- , *Curso de introdução ao estudo do Direito*, s. ed., Coimbra, 1971-1972
- , *Relatório com a justificação do sentido e objectivo pedagógico, o programa, os conteúdos e os métodos de um curso de "Introdução ao estudo do Direito"*, s. ed., Coimbra, 1976
- , "A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido, (Diálogo com Kelsen)", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, II, Jurídica*, BFDUC, Número especial, Coimbra, 1979, pp. 73-184
- NOËL, LAETITIA, "La notion d'accident", *RGDA*, 2, 2004, pp. 309-333
- NORTH, PETER, "The obligation of the insured to prevent or reduce damage and associated costs: an english view", in *L'harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la C.E.E. Harmonization of insurance contract law in the E.E.C. Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts in der E.E.G.*, Établissements Emile Bruylant, Bruxelas, 1981, pp. 383-392
- NUGEL, MICHAEL, *Kürzungsquoten nach dem VVG*, Deutscher Anwaltverlag Bona, 2012
- NUNES, ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS, *Economia II, O crédito*, Serviços de Acção Social da U.C., Coimbra, 2009
- , *Os sistemas económicos, Génesis e evolução do capitalismo*, Serviços de Acção Social da U.C., Coimbra, 2009
- , *A crise do capitalismo: Capitalismo, Neoliberalismo, Globalização*, Página a Página, Lisboa, 2013
- NUNES, MANUEL JACINTO, "A incerteza keynesiana", in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor João Lumbrales*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2000, pp. 643-672
- OERTMANN, PAUL, "Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug", *AcP*, 1, 1918, pp. 1-50
- OETKER, HARTMUT, "§ 254 Mitverschulden", *MüKo BGB, II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432*, WOLFGANG KRÜGER (coord.), C. H. Beck, Munique, 2012, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 27.12.2013)
- , "BGB § 249 Art und Umfang des Schadensersatzes", *MüKo BGB, II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432*, WOLFGANG KRÜGER (coord.), C. H. Beck, Munique, 2012, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 24.09.2014)
- OLIVEIRA, ARNALDO DA COSTA, "Cláusulas abusivas e o contrato de seguro", in

- Congresso luso-hispano de Direito dos seguros*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 223-242
- , "Anotação ao art. 24.º", in *LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 131-146
- , "Anotação ao art. 92.º", in *LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 349-352
- , "Anotação ao art. 93.º", in *LCS anotada*, 2011, pp. 353-357
- , "Anotação ao art. 100.º", in *LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 380-385
- , "Anotação ao art. 101.º", in *LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 385-389
- , "Anotação ao art. 126.º", in *LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 427-432
- , "Anotação ao art. 128.º", in *LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 438-441
- , "Anotação ao art. 131.º", in *LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 445-449
- , "Anotação ao art. 132.º", in *LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 449-454
- , "Anotação ao art. 136.º", in *LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 464-474
- , "Anotação ao art. 193.º", in *LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 558-560
- OLIVEIRA, ARNALDO DA COSTA/RIBEIRO, MARIA EDUARDA, "Anotação ao art. 23.º", in *LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 126-130
- OLIVEIRA, GUILHERME, "O fim da "arte silenciosa", (O dever de informação dos médicos)", in *Temas de Direito da medicina*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 91-100
- OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, "Deveres de protecção em relações obrigacionais", *Sc. Iur.*, 297, 2003, pp. 495-523
- , "Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa", in *Responsabilidade civil dos médicos, (Integrado no projecto de investigação bianual Responsabilidade Civil dos Médicos)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 127-255
- , *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011
- OLZEN, DIRK, "BGB § 241", *Staudinger BGB, I*, Sellier-De Gruyter, 2009, disponível em <https://beck-online.beck.de/default.aspx?vpath=bibdata/komm/Staudinger/cont/Staudinger%2Ehtm> (consultado pela última vez a 19.05.2014)
- OTTO, HANSJÖRG, "§ 280", Sellier-De Gruyter, Berlim, 2009,
- PALMA, MARIA FERNANDA/PEREIRA, RUI CARLOS, "O crime de burla no Código Penal de 1982-95", *RFDUL*, XXXV, 1994, pp. 321-333
- PARIS, CATHERINE/FAGNART, JEAN-LUC, "Actualités législatives et jurisprudentielles dans les assurances en général", in *Actualités en droit des assurances*, CATHERINE PARIS/BERNARD DUBUISSON (coord.), Anthemis, Liège, 2008, pp. 7-125
- PATAKI, TIBOR S., "Der Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung – Grenzen eines Definitionsversuches am Beispiel der "Claims-made"-Theorie", in *Liber discipulorum für Gerrit Winter*, GUNNE W. BÄHR/HUBERTUS W. LABES/TIBOR S. PATAKI (coord.), Versicherungswirtschaft, Karlsruhe,

- 2002, pp. 229-239
- PATTI, SALVATORE, "Prova, I) Diritto processuale civile", in *Enc. Giur.*, Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1991, pp. 1-14
- , *Le prove, Parte generale*, Giuffrè, Milão, 2010
- PEEL, EDWIN, *The law of contract*, Sweet and Maxwell, Londres, 2011
- PERANDONES, PABLO GIRGADO, "La evolución histórica y la realidad actual del principio indemnizatorio", *RDM*, 251, 2004, pp. 139-198
- , *El principio indemnizatorio en los seguros de daños, Una aproximación a su significado*, Editorial Comares, Granada, 2005
- PEREIRA, ANDRÉ DIAS, "A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Volume II, A Parte Geral do Código e a Teoria geral do Direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 199-249
- PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, *O consentimento informado na relação médico-paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004
- PEREIRA, MARIA DE LURDES, *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Almedina, Coimbra, 2001
- PEREIRA, MARIA DE LURDES/MÚRIAS, PEDRO, "Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação", s/d, disponível em <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/eMeiosResultado.pdf> (consultado pela última vez a 12.02.2014)
- , "Os direitos de retenção e o sentido da excepção de não cumprimento", s/d, disponível em <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/ExceptioVsDtsdeRetencao.pdf> (consultado pela última vez a 12.02.2014)
- PFEIFFER, THOMAS, "A5. Richtlinie 93/13/EWG des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen", in *Das Recht der Europäischen Union, III, Sekundärrecht, A. Verbraucher und Datenschutzrecht*, MANFRED WOLF (coord.), C. H. Beck, Munique, 1999
- , "EuGH: Verbot geltungserhaltender Reduktion und ergänzende Vertragsauslegung nach der EU- Klauselrichtlinie", *LMK*, 11, 2012, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 03.03.2015)
- PICARD, MAURICE/BESSON, ANDRÉ, *Les assurances terrestres en droit français*, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950
- PIMENTEL, DIOGO PEREIRA FORJAZ DE SAMPAIO, *Anotações ao Código de Commercio portuguez, V*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1866
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, *Direito internacional privado, Volume I, Introdução e Direito de conflitos, Parte geral*, Almedina, Coimbra, 2008
- , "Sobre a lei aplicável ao contrato de seguro perante o Regulamento Roma I", in *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, Volume II*, JORGE MIRANDA/J. J. GOMES CANOTILHO/JOSÉ DE SOUSA E BRITO, et al. (coord.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 681-702
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Cessão da posição contratual*, Atlântida Editora, Coimbra, 1970
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA/MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO/PINTO, PAULO MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005
- PINTO, EDUARDO VERA-CRUZ, "Os seguros marítimos nas rotas portuguesas do ultramar, uma perspectiva histórico-jurídica", *RFDUL*, 1998

- PINTO, J. BORGES, "A reparação do dano corporal em acidentes e trabalho e no âmbito civil", *Revista Portuguesa de Dano Corporal*, 23, 2012, pp. 9-25
- PINTO, PAULO MOTA, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995
- , "O direito ao livre desenvolvimento da personalidade", in *Portugal-Brasil Ano 2000, Tema Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 149-246
- , "Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no Direito civil", *Volume Comemorativo do 75º tomo do BFDUC*, 2003, pp. 269-322
- , *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008
- , *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, II*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008
- PIRES, CATARINA MONTEIRO, "Entre um modelo corretivo e um modelo informacional no direito bancário e financeiro", *Cadernos de Direito Privado*, 44, 2013, pp. 3-22
- PIRES, FLORBELA DE ALMEIDA, *Seguro de acidentes de trabalho*, Lex, Lisboa, 1999
- PISSARRA, NUNO ANDRADE, "Direito aplicável", in *Temas de Direito dos seguros, A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, MARGARIDA LIMA REGO (coord.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 65-102
- POÇAS, LUÍS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Almedina, Coimbra, 2013
- POHLMANN, PETRA, "Beweislast im Versicherungsrecht", in *Karlsruher Forum 2008: Beweislast*, EGON LORENZ (coord.), Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2009, pp. 55-115
- PORTO, MANUEL LOPES/CALVETE, VICTOR, "Anotação ao art. 10.º", in *Lei da concorrência, Comentário conimbricense*, MANUEL LOPES PORTO/MANUEL LUÍS DA CRUZ VILAÇA/CAROLINA CUNHA, et al. (coord.), 2013, pp. 109-122
- POTHIER, ROBERT JOSEPH, "Traité du contrat d'assurance", in *Oeuvres de R.-J. Pothier, Les traités du Droit français, III*, M. DUPIN (coord.), J. P. Jonker, Ode et Wodon, K. Tarlier/ Frères Diederichs, Bruxelas/Amesterdão, 1830, pp. 235-281
- , "Traité des obligations", in *Oeuvres de Pothier, Annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle, II*, M. BUGNET (coord.), Cosse et Marchal/ Henri Plon, Paris, 1861, pp. 1-496
- PRATA, ANA, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*, Almedina, Coimbra, 2010
- PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Almedina, Coimbra, 2007
- , "Culpa do lesado", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Volume III, Direito das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007,
- PROJECT GROUP RESTATEMENT OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW, *Principles of european insurance contract law*, Project Group Restatement of European Insurance Contract Law, Munique, 2009
- PROJECT GROUP RESTATEMENT OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW, *Principles of european insurance contract law*, Sellier, Munique, 2015 (no prelo; consultado em provas para publicação)
- PRÖLSS, ERICH, "Bedingung – Obliegenheit – subjektive Risikobeschränkung – objektive Risikobeschränkung", *JRPV*, 12, 1933, pp. 181-184

- , *Versicherungsvertragsgesetz*, C. H. Beck'sche, Munique/Berlim, 1935
- , ""KFZ-Haftpflichtversicherung § 158 c. f VVG – Der Versicherer kann nur auf den VN, nicht auf den mitversicherten Fahrer zurückgreifen", *Anotação ao acórdão do LG Bad Kreuznach de 15.12.1950 (1 S 213/50)*, *VersR*, 5, 1951, pp. 118-119
- , "Trunkenheit am Steuer und Kraftfahrtversicherung", *VersR*, 6, 1951, pp. 137-140
- PRÖLSS, JÜRGEN, "Der Versicherer als "Treuhänder der Gefahrgemeinschaft" – Zur Wahrnehmung kollektiver Belange der Versicherungsnehmer durch den Privatversicherer", in *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, CLAUS-WILHELM CANARIS/UWE DIEDERICHSEN (coord.), C. H. Beck'sche, Munique, 1983, pp. 487-535
- , *Handbuch der Beweislast im Privatrecht, V, Versicherungsrecht*, Carl Heymanns Verlag, Colónia/Berlim/Bona/Munique, 1993
- , "§ 61 Herbeiführung des Versicherungsfalles", in *Prölss/Martin Kommentar*, ULRICH KNAPPMANN/JÜRGEN PRÖLSS/HELMUT KOLLHOSSER, et al. (coord.), C. H. Beck'sche, Munique, 1998, pp. 508-520
- , "Vorbemerkung zur Anwendung des Versicherungsrechts", in *Prölss/Martin Kommentar*, ULRICH KNAPPMANN/JÜRGEN PRÖLSS/HELMUT KOLLHOSSER (coord.), C. H. Beck, Munique, 1998, pp. 1-52
- , "Künftige Sanktionen der Verletzung von Obliegenheiten des Versicherungsnehmers: die Reform des § 6 VVG sowie der §§ 16 ff. und der §§ 23 ff. VVG", *ZVersWiss*, 2001, pp. 471-499
- , "Das versicherungsrechtliche Alles-oder-nichts-Prinzip in der Reformdiskussion – Allgemeine Überlegungen zum Zwischenbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 30.5.2002", *VersR*, 16, 2003, pp. 669-675
- , "§ 6", in *Prölss/Martin Kommentar*, ULRICH KNAPPMANN/JÜRGEN PRÖLSS/HELMUT KOLLHOSSER, et al. (coord.), C. H. Beck, Munique, 2004, pp. 165-220
- , "VVG § 26 Gefaherhöhung ohne Rechtsfolgen", in *Prölss/Martin Kommentar*, ULRICH KNAPPMANN/JÜRGEN PRÖLSS/HELMUT KOLLHOSSER, et al. (coord.), Beck, Munique, 2004, pp. 360-361
- , "§ 1", *Prölss/Martin Kommentar*, C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 18.02.2011)
- , "§ 23", *Prölss/Martin Kommentar*, C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 05.04.2011)
- , "§ 24", *Prölss/Martin Kommentar*, C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 05.04.2011)
- , "§ 28", *Prölss/Martin Kommentar*, C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 27.02.2104)
- , "I. Rechtsgrundlagen des Versicherungsvertrages", *Prölss/Martin Kommentar*, CHRISTIAN ARMBRÜSTER/HEINRICH DÖRNER/DOMINIK KLIMKE, et al. (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 22.02.2011)
- PRÜTTING, HANNS, *Gegenwartsprobleme der Beweislast, Eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht*, C. H. Beck'sche, Munique, 1983
- PUGLIATTI, SALVATORE, "Autoresponsabilità", in *Enc. Dir., IV, Atto-Bana*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 1959, pp. 452-465

- QUELHAS, ANA PAULA/QUELHAS, JOSÉ MANUEL GONÇALVES SANTOS, *Da improficiência dos modelos de avaliação de activos – riscos emergentes ou incerteza sistemática?*, Separata do BCE LIII, 2010, 2011
- QUELHAS, JOSÉ MANUEL GONÇALVES SANTOS, *Sobre a evolução recente do sistema financeiro (Novos "produtos financeiros")*, s. ed., Coimbra, 1993
- , "Dos objectivos da união bancária", *BCE*, LV, 2012, pp. 235-298
- , *Sobre as crises financeiras, o risco sistémico e a incerteza sistemática*, Almedina, Coimbra, 2012
- QUIROGA, JULIO LÓPEZ/SAN, GUILLERMO/MARTÍNEZ, PEDRO/QUIROS, ANTONIO, "La responsabilidad del asegurador en los contratos de seguro de asistencia sanitaria", *RES*, 128, 2006, pp. 867-878
- RAAPE, LEO, "Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung: Zugleich ein Beitrag zur Überlassung von Sachen von gefahrdrohender Beschaffenheit", *AcP*, 3, 1941, pp. 217-289
- RADBRUCH, GUSTAV, *Filosofia do Direito*, Arménio Amado, Coimbra, 1977 (trad. do original Rechtsphilosophie, K. F. Koehler, Estugarda, 1950, por LUÍS CABRAL DE MONCADA)
- RAISER, LUDWIG, "Entwicklungslinien im Recht des Versicherungsvertrages", *ZVersWiss*, 1978, pp. 375-390
- RAMOS, RUI MANUEL MOURA, "L'ordre publique international en Droit portugais", *BFDUC*, 74, 1998, pp. 45-62
- RANIERI, FILIPPO, *Europäisches Obligationenrecht*, Springer, Viena/Nova Iorque, 2009
- REGO, MARGARIDA LIMA, *Contrato de seguro e terceiros, Estudo de Direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010
- , "O contrato e a apólice de seguro", in *Temas de Direito dos seguros, A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, MARGARIDA LIMA REGO (coord.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 15-37
- , "O prémio", in *Temas de Direito dos seguros, A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, MARGARIDA LIMA REGO (coord.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 191-212
- , "O risco e as suas vicissitudes", in *Temas de Direito dos seguros, A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, MARGARIDA LIMA REGO (coord.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 275-297
- , "Seguros colectivos e de grupo", in *Temas de Direito dos seguros, A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, MARGARIDA LIMA REGO (coord.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 299-328
- REGO, MARGARIDA LIMA/SILVA, RUTE CARVALHO DA, "Catástrofes naturais e seguros", 2012, disponível em http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/2013/Catastrofes_naturais_e_seguros.pdf (consultado pela última vez a 13.11.2014)
- REIS, NUNO TRIGO DOS, "Os deveres de informação no contrato de seguro de grupo", s.d., disponível em ww.isp.pt/NR/exeres/C07B7A30-CA6F-4C81-975D-46002195D32E.htm (consultado pela última vez a 22.12.2009)
- REJDA, GEORGE E./MCNAMARA, MICHAEL J., *Principles of risk management and insurance*, Pearson, Boston/Columbus/Indianapolis/ et. al., 2014
- RENNER, MORITZ, "Die „Natur des Vertrags“ nach §307 Abs. 2 Nr.2 BGB", *AcP*, 213, 2013, pp. 677-717
- REVISTA DOS TRIBUNAIS, "Responsabilidade civil por acidentes de viação", *Revista dos Tribunais*, 1963, pp. 195-201, 245-253, 296-301, 348-353/ 1964, pp. 8-

- 17, 62-69, 108-115, 162-168, 208-215, 251-256, 308-314, 357-362, 408-415, 460-466/ 1965, pp. 19-24, 72-77, 99-106, 152-158, 195-200/ 1966, pp. 401-406, 449-457/ 1967, pp. 58-64, 103-108, 153-160, 202-207, 243-250, 294-305, 348-352, 403-407, 438-441/ 1968, pp. 64-70, 115-120, 156-161, 213-222, 252-262
- RIBEIRO, GERALDO ROCHA, *A protecção do incapaz adulto no Direito português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010
- , "Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)", *Lex Medicinæ*, 14, 2010, pp. 105-138
- RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, *O problema do contrato, As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999
- , ""Economia do contrato", autonomia privada e boa fé", in *Ars iudicandi, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, IV*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 969-982
- RIBEIRO, RICARDO LUCAS, *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010
- RITTER, CARL, *Das Recht der Seeversicherung, Ein Kommentar zu den Allgemeinen Deutschen Seeversicherungs-Bedingungen*, L. Friederichsen & Co., Hamburg, 1922
- RITTER, CARL/ABRAHAM, HANS J., *Das Recht der Seeversicherung*, Cram, de Gruyter & Co., Hamburg, 1966
- ROCHA, MANOEL ANTONIO COELHO DA, *Instituições de Direito civil portuguez, I*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1852
- ROCHEX, ANDRÉ FAVRE/COURTIEU, GUY, *Le Droit du contrat d'assurance terrestre*, LGDJ, Paris, 1998
- RODE, HÉLÈNE DE, *Le contrat d'assurance en général*, Larcier, Bruxelas, 2013
- ROELLI, HANS, *Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, I, Allgemeine Bestimmungen*, K. J. Wyss, Bern, 1914
- ROGERS, W. V. HORTON, "Contributory negligence under English law", in *Unification of tort law: contributory negligence*, ULRICH MAGNUS/MIQUEL MARTÍN-CASALS (coord.), Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 57-74
- ROLLI, RITA, "La causa del contratto, Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta", *Contratto e impresa*, 2, 2007, pp. 416-454
- RÖMER, WOLFGANG, "Das sogenannte Augenblickversagen", *VersR*, 28, 1992, pp. 1187-1190
- , "Der Kraftfahrzeugdiebstahl als Versicherungsfall Voraussetzungen und Beweis eines Anspruchs aus der Kaskoversicherung", *NJW*, 1996, pp. 2329-2335
- , "Alles-oder-Nichts-Prinzip?", *NVersZ*, 2000, pp. 259-262
- , "VVG § 6 Obliegenheitsverletzung", *Römer/Langheid*, C. H. Beck, Munique, 2003, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 10.09.2012)
- , "VVG § 66 Ermittlungskosten", *Römer/Langheid*, WOLFGANG RÖMER/THEO LANGHEID (coord.), C. H. Beck, Munique, 2003, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 10.09.2012)
- , "VVG § 178 I Leistungsfreiheit", *Römer/Langheid*, WOLFGANG RÖMER/THEO LANGHEID (coord.), C. H. Beck, Munique, 2003, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 10.09.2012)
- , "La reforma del derecho del contrato de seguro en la República Federal de

- Alemania", *RDM*, 270, 2008, pp. 1515-1539
- ROPPO, VINCENZO, *Il contratto*, Giuffrè, Milão, 2011
- ROSENBERG, LEO, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung*, Otto Liebmann, Berlin, 1923
- ROSSETTI, MARCO, "§ 12 – Dichiarazioni inesatte e reticenze senza dolo o colpa grave", in *Le assicurazioni, L'assicurazione nei codici, Le assicurazioni obbligatorie, L'intermediazione assicurativa*, ANTONIO LA TORRE (coord.), Dott. A. Giuffrè, Milão, 2007, pp. 98-101
- , "§ 17 – Aggravamento del rischio", in *Le assicurazioni, L'assicurazione nei codici, Le assicurazioni obbligatorie, L'intermediazione assicurativa*, ANTONIO LA TORRE (coord.), Dott. A. Giuffrè, Milão, 2007, pp. 112-122
- , *Il diritto delle assicurazioni, I, L'impresa di assicurazione, Il contratto di assicurazione in generale*, CEDAM, Pádua, 2011
- , *Il diritto delle assicurazioni, II, Le assicurazioni contro i danni*, CEDAM, Pádua, 2012
- ROTSCHILD, MICHAEL/STIGLITZ, JOSEPH E., "Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information", *The Quarterly Journal of Economics*, 4, 1976, pp. 629-649
- ROXIN, CLAUS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Der Aufbau, Der Verbrechenlehre*, c. H. Beck, Munique, 2006
- RÜHL, GIESELA, *Obliegenheiten im Versicherungsvertragsrecht. Auf dem Weg zum Europäischen Binnenmarkt für Versicherungen*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2004
- , "Common Law, Civil Law, and the Single European Market for insurances", *International and Comparative Law Quarterl*, 55, 2006, pp. 879-910
- RUNDE, JOCHEN, "Clarifying Frank Knight's discussion of the meaning of risk and uncertainty", *Cambridge Journal of Economics* 5, 1998, pp. 539-546
- S/A, "Overview: concepts dealing with unexpected circumstances", in *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, EWOUDE HONDIUS/HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT (coord.), Cambridge University Press, Cambridge/Nova Iorque/Melbourne, 2011,
- SÁ, ALMENO DE, "Controlo das cláusulas contratuais gerais", in *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas*, ALMENO DE SÁ (coord.), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 157-248
- , "Lei das cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusula abusivas", in *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas*, ALMENO DE SÁ (coord.), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 9-98
- SALANDRA, VITTORIO, "Dell'assicurazione", in *Commentario del Codice Civile, Libro Quarto, Delle Obligazioni, Art. 1861-1932*, ANTONIO SCIALOJA/GIUSEPPE BRANCA (coord.), Nicola Zanichelli Editore/Soc. Ed. del Foro Italiano, Bolonha/Roma, 1966, pp. 172-454
- SALOMONSON, FREDERICK, "Quelques remarques sur l'obligation de l'assuré de prevenir et d'attenuer le damage en droit neerlandais", in *L'harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la C.E.E. Harmonization of insurance contract law in the E.E.C. Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts in der E.E.G.*, Établissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1981, pp. 443-449
- SÁNCHEZ, MERCEDES VÉRGEZ, "Experiencias en la aplicación de la Ley de contrato de seguro a través de las normas relativas al seguro de personas", *RES*, 123-124, 2005, pp. 789-827
- SÁNCHEZ, ROSALÍA ALFONSO, "Una aproximación al deber de aminorar las

- consecuencias del siniestro previsto en la Ley de Contrato de Seguro (art. 17)", in *I Congreso Hispano-Luso de derecho de seguros, Madrid 11 y 12 de noviembre 2004*, Editorial Española de Seguros, Madrid, 2005, pp. 91-103
- SANTARÉM, PEDRO DE, *Tratado muito útil e quotidiano dos seguros e promessas dos mercadores, publicado pelo jurisconsulto português, Doutor Pedro de Santarém*, Instituto de Seguros de Portugal, Lisboa, 2006 (trad. do original *Tractatus de assecurationibus et sponsionibus*, por MIGUEL PINTO MENEZES)
- SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO, *Dottrine generale del Diritto civile*, Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1954
- , "Funzioni delle assicurazioni private e delle assicurazioni sociali", in *Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Assicurazioni, II*, AIDA (coord.), Dott. Antonio Giuffrè, Milão, 1963, pp. 523-538
- SANTOS, ANTÓNIO MARQUES DOS, *Direito internacional privado, Sumários*, Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1987
- , *As normas de aplicação necessária imediata no Direito internacional privado, Esboço de uma teoria geral, II Volume*, Almedina, Coimbra, 1991
- , "Os seguros de saúde", in *Direito da saúde e bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, pp. 217-243
- SAVATIER, RENÉ, *Précis économique de la théorie des obligations, Les créances dans leur double vision juridique et économique*, Dalloz, Paris, 1974
- SCALFI, GIANGUIDO, "Assicurazione (contratto di)", in *Dig. Com., I*, UTET, Turim, 1987, pp. 333-366
- , "Dalla classificazione dualistica alla concezione pluralistica dei contratti di assicurazione: contratto o contratti di assicurazione?", *Assicurazioni*, 3, 1995, pp. 143-149
- SCHÄFERS, DOMINIK, "Mindest- und Höchstquote bei grober Fahrlässigkeit – Ein Beitrag zur Leistungskürzung im Rahmen der §§ 26 Abs. 1 S. 2, 28 Abs. 2 S. 2, 81 Abs. 2, 82, Abs. 3, S. 2, 86 Abs. 2 S. 3 VVG", *VersR*, 19, 2011, pp. 842-846
- SCHAPP, JAN, "Die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts für die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz", *Der Betrieb*, 1978, pp. 621-625
- SCHAUER, MARTIN, *Das österreichische Versicherungsvertragsrecht*, Service Fachverlag, Viena, 1995
- , "Vorbemerkungen zu §§ 49-68a", in *BK*, HEINRICH HONSELL (coord.), Springer, Berlin/Heidelberga/Nova Iorque, 1999, pp. 795-844
- SCHERPE, JULIA CAROLINE, *Das Prinzip der Gefahrengemeinschaft im Privatversicherungsrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2011
- SCHIMIKOWSKI, PETER, "Überlegungen zu einer Reform des Versicherungsvertragsgesetzes", *r+s*, 9, 2000, pp. 353-359
- , *Versicherungsvertragsrecht*, C. H. Beck, Munique, 2001
- SCHLECHTRIEM, PETER/BUTLER, PETRA, *UN Law on international sales, The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer, Berlin/Heidelberga, 2009
- SCHMIDT, HARRY, "Allgemeine Versicherungsbedingungen", in *AGB Recht Kommentar*, PETER ULMER/HANS E. BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN (coord.), Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2011, pp. 1765-1780
- , "BGB § 307 Inhaltskontrolle", *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH (coord.), Beck, Munique, 2015,

- disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 04.07.2015)
- SCHMIDT, REIMER, *Die Obliegenheiten, Studien auf den Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrecht*, Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1953
- , "Einfluß des Verhaltens des Versicherten auf die vertraglich zugesagte Gefahrtragung (warranty, misrepresentation, concealment; réticences, déchéances, Obliegenheiten)", in *Materialien des zweiten Weltkongresses für Versicherungsrecht, IV*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1967, pp. 13-52
- , "Gedanken zu einer Reform des Versicherungsvertragsgesetzes", *NVersZ*, 1999, pp. 401-407
- SCHMIDT-RIMPLER, W., "Zum Begriff der Versicherung", *VersR*, 21, 1963, pp. 493-505
- SCHUBERT, CLAUDIA, "BGB § 249 Art und Umfang des Schadensersatzes", *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH (coord.), Beck, Munique, 2011, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 04.05.2013)
- SCHUPPISSER, HEINRICH, *Die grobfahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles nach Art. 14 Abs. 2 VVG*, Stämpfli & Cie, Berna, 1964
- SCHWARTZ, GARY T., "Contributory negligence under United States law", in *Unification of tort law: contributory negligence*, ULRICH MAGNUS/MIQUEL MARTÍN-CASALS (coord.), Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 223-229
- SCHWARZE, ROLAND, "§ 280", in *Staudinger BGB, II, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I)*, MANFRED LÖWISCH (coord.), Sellier – de Gruyter, Berlim, 2014, pp. 450-603
- SCHWINTOWSKI, HANS-PETER, "§ 6", in *BK*, HEINRICH HONSELL (coord.), Berlim/Heidelberga/Nova Iorque, 1999, pp. 149-226
- SCOZZAFAVA, OBERDAN TOMMASO, "Onere (nozione)", in *Enc. Dir., XXX, Omissione-Ordine*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 1980, pp. 99-113
- SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ, "Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes", *BMJ*, 47, 1955, pp. 98-126
- , "Gestão de negócios", *BMJ*, 66, 1957, pp. 45-282
- , "Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias", *BMJ*, 68, 1957, pp. 293-385
- , "Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos", *BMJ*, 72, 1958, pp. 259-303
- , "Conculpabilidade do prejudicado", *BMJ*, 86, 1959, pp. 131-173
- , "Provas (Direito probatório material)", *BMJ*, 1961, pp. 61-256
- , "Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 1971", *RLJ*, 3476, 1972, pp. 165-171
- SHAVELL, STEVEN, "On moral hazard and insurance", *Quarterly Journal of Economics*, 4, 1979, pp. 541-562
- SIBER, HEINRICH, *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II, 1, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil) §§ 241-432*, I. Guttentag, Berlim, 1914
- SIEG, KARL, "Bemerkungen zur "Gefahrengemeinschaft"", *ZVersWiss*, 2-3, 1985, pp. 321-326

- SILVA, FERNANDO EMYGDIO DA, *Seguros mutuos*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1911
- SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, Coimbra, 1990
- , "Seguro-caução: protocolo como contrato-quadro e circunstância atendível para a interpretação da apólice, Anotação aos Acórdãos do STJ de 29 de Junho de 1999 e do TRL de 15 de Março de 2000", *RLJ*, 3908-3909, 2000, pp. 345-384
- , "Apólice "Vida Risco – Crédito Habitação": as pessoas com deficiência ou risco agravado de saúde e o princípio da igualdade na Lei n.º 46/2006", *RLJ*, 2007, pp. 158-170
- , *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Almedina, Coimbra, 2007
- , *Banca, bolsa e seguros, Direito europeu e português, Tomo I – Parte geral*, Almedina, Coimbra, 2013
- , "STJ, Acórdão de 10 de Outubro de 2013 (*swap* de taxa de juro: inaplicabilidade do regime da alteração das circunstâncias)", *RLJ*, Maio-Junho, 2014, pp. 348-373
- SILVA, MANUEL GOMES DA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar, I*, s. ed., Lisboa, 1944
- SINGER, REINHARD, *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*, C. H. Beck'sche, Munique, 1993
- SMITS, JAN, "The Common European Sales Law (CESL) beyond party choice", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 4, 2012, pp. 904-917
- SOTO, ALONSO, *El seguro de la culpa*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1977
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lex, Lisboa, 1995
- , "Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica", in *Direito da saúde e bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, pp. 121-144
- SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011
- SPINDLER, GERALD, "BGB § 823", *Beck'scher Online-Kommentar*, HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH (coord.), Beck, Munique, 2013, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 08.08.2013)
- STATHOPOULOS, MICHAEL, "Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit im Zivilrecht", in *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23 April 1983*, CLAUD-WILHELM CANARIS/UWE DIEDERICHSEN (coord.), C. H. Beck'sche, Munique, 1983, pp. 631-647
- STIGLITZ, JOSEPH E., "Information and the Change in the Paradigm in Economics – Part 1", *The American Economist*, 47, 2003
- STIGLITZ, JOSEPH E., "Information and the Change in the Paradigm in Economics – Part 2", *The American Economist*, 48, 2004, pp. 17-50
- STOLL, HANS, "Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel", *AcP*, 2-3, 1976, pp. 145-196
- STOLL, HEINRICH, "Abschied von der Lehre von den positiven Vertragsverletzung", *AcP*, 3, 1932, pp. 257-320
- STONE, DEBORAH A., "Beyond moral hazard: insurance as moral opportunity", *CILJ*, 1, 1999-2000, pp. 11-46
- STÜRNER, MICHAEL, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten*, Mohr Siebeck,

- Tubinga, 2010
- SUÁREZ, FRANCISCO JAVIER TIRADO, "Experiencias en la aplicación de las normas relativas al seguro de personas", *RES*, 123-124, 2005, pp. 813-827
- , "Cláusulas abusivas y contrato de seguro en Derecho español", in *Congresso luso-hispano de Direito dos seguros*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 173-191
- TEICHMANN, ARNDT, "Vorbemerkungen zu den §§ 249–253", *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*, ROLF STÜRNER (coord.), Beck, Munique, 2014, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 09.03.2015)
- TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Direito das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010
- , *Manual dos contratos em geral*, Almedina, Coimbra, 2010
- TELLES, JOANA GALVÃO, "Deveres de informação das partes", in *Temas de Direito dos seguros, A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, MARGARIDA LIMA REGO (coord.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 213-273
- TENREIRO, CARLOS, *Notas de Métodos Quantitativos*, 2004, disponível em <http://www.mat.uc.pt/~tenreiro/apontamentos/NMQ0404.pdf> (consultado pela última vez a 15.10.14)
- TEPEDINO, GUSTAVO/BARBOZA, HELOISA HELENA/MORAES, MARIA CELINA BODIN DE, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, Vol. II, Teoria geral dos contratos. Contratos em espécie. Atos unilaterais. Títulos de crédito. Responsabilidade civil. Preferências e privilégios creditórios. (arts. 421 a 965)*, Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, 2006
- TERBILLE, MICHAEL, "Das Alles-oder-Nichts-Prinzip im Versicherungsrecht, dargestellt anhand der Regelungen der §§ 6, 23 ff und 61 VVG", *r+s*, 2001, pp. 1-7
- TERRÉ, FRANÇOIS/SIMMLER, PHILIPPE/LEQUETTE, YVES, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, disponível em <https://itunes.apple.com/fr/book/droit-civil.-les-obligations/id725628985?mt=11> (consultado pela última vez a 01.06.2015)
- TOFFOLI, SAVERIO, "§ 33", in *Le assicurazioni, L'assicurazione nei codici, Le assicurazioni obbligatorie, L'intermediazione assicurativa*, ANTONIO LA TORRE (coord.), Dott. A. Giuffrè, Milão, 2007, pp. 206-216
- TORRES, ARNALDO PINHEIRO, *Ensaio sobre o contrato de seguro*, s.ed., Porto, 1939
- TRAEGER, LUDWIG, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des B.G.B.*, Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, Marburgo, 1929
- TRIGO, MARIA DA GRAÇA, "Adopção do conceito de "dano biológico" pelo direito português", *ROA*, 1, 2012, pp. 147-178
- TRIMARCHI, PIETRO, *Istituzioni di Diritto privato*, Giuffrè, Milão, 2011
- TZIRULNIK, ERNESTO/CAVALCANTI, FLÁVIO DE QUEIROZ B./PIMENTEL, AYRTON, *O contrato de seguro, De acordo com o novo Código Civil Brasileiro*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003
- ULMER, PETER/SCHÄFER, CARSTEN, "§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln", in *AGB Recht Kommentar*, PETER ULMER/HANS E. BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN (coord.), Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2011, pp. 350-438
- UNBERATH, HANNES, "Die Leistungsfreiheit des Versicherers – Auswirkungen der

- Neuregelung auf die Kraftfahrtversicherung", *NZV*, 2008, pp. 537-542
- , "BGB § 280", *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH (coord.), C. H. Beck, Munique, 2011, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 21.05.2015)
- VALENTIN, MICHAEL, "BGB § 166 Willensmängel; Wissenszurechnung", *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH (coord.), Beck, Munique, 2013, disponível em (consultado pela última vez a
- VANCE, WILLIAM REYNOLDS, "History of the development of the warranty in Insurance Law", *Yale Law Journal*, 7, 1911, pp. 523-534
- VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Manual do processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991
- , *Das obrigações em geral, I*, Almedina, Coimbra, 2000
- , *Das obrigações em geral, II*, Almedina, Coimbra, 2003
- VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA DE, "O seguro financeiro na reforma do direito dos seguros", *Revista da FDUP*, 2009, disponível em <http://hdl.handle.net/10216/53872> (consultado pela última vez a 13.04.2014)
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 2002
- , "Cláusulas iníquas ou abusivas no contrato de seguro", in *Congresso luso-hispano de Direito dos seguros*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 159-172
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE *Teoria geral do Direito civil*, Almedina, Coimbra, 2008
- VASQUES, JOSÉ, *Contrato de seguro, Notas para uma teoria geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999
- , "Anotação ao art. 37.º", in *LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 226-233
- VAUGHAN, EMMET J./VAUGHAN, THERESE M., *Fundamentals of risk and insurance*, John Wiley and Sons, Hoboken, 2014
- VELOSO, JOSÉ ANTÓNIO, "Risco, transferência de risco, transferência de responsabilidade na linguagem dos contratos e da supervisão de seguros", in *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, RUY DE ALBUQUERQUE/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coord.), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 277-354
- VELOSO, MARIA MANUEL, "Danos não patrimoniais", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Volume III, Direito das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 495-559
- VERDE, GIOVANNI, "Prova, b) Teoria generale e Diritto processuale civile ", in *Enc. Dir., Vol. XXXVII*, Dott. A. Giuffrè Milão, 1988, pp. 579-647
- VIANA, JOÃO DE MATOS, "Seguros proibidos", in *Temas de Direito dos seguros, A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, MARGARIDA LIMA REGO (coord.), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 117-129
- VILLELA, ALVARO DA COSTA MACHADO, *Seguro de vidas, (Esboço histórico, económico e jurídico)*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1898
- VILLENEUVE, BERTRAND, "Life insurance", in *Handbook of insurance*, GEORGES DIONNE (coord.), Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2000, pp. 901-931
- VINEY, GENEVIÈVE/JOURDAIN, PATRICE, *Les conditions de la responsabilité*, LGDC, Paris, 2006
- VIRET, BERNARD, *Privatversicherungsrecht*, Verlag des Schweizerischen

- Kaufmännischen Verbandes, Zurich, 1989
- VITERBO, CAMILLO, "Il contratto d'assicurazione", *RDComm*, 1, 1932, pp. 40-64
- VÍTOR, PAULA TÁVORA, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008
- VIVANTE, CESARE, *Trattato di Diritto Commerciale, Volume IV, Le Obbligazioni (Contratti e prescrizione)*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milão, 1929
- VOIT, WOLFGANG, "§ 82 Abwendung und Minderung des Schadens", *Prölss/Martin Kommentar*, C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 05.04.2011)
- , "§ 83", *Prölss/Martin Kommentar*, C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 05.04.2011)
- , "VVG § 85 Schadensermittlungskosten", *Prölss/Martin Kommentar*, C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 09.09.2014)
- , "VVG § 194 Anzuwendende Vorschriften", *Prölss/Martin Kommentar*, CHRISTIAN ARMBRÜSTER/HEINRICH DÖRNER/DOMINIK KLIMKE, et al. (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 18.01.2014)
- , "VVG § 201 Herbeiführung des Versicherungsfalles", *Prölss/Martin Kommentar*, CHRISTIAN ARMBRÜSTER/HEINRICH DÖRNER/DOMINIK KLIMKE, et al. (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de/> (consultado pela última vez a 18.01.2014)
- VONKILCH, ANDREAS, "§ 63", in *Versicherungsvertragsgesetz*, ATTILA FENYVES/MARTIN SCHAUER (coord.), Verlag Österreich, Viena, 2014, pp. 53-68
- WAGNER, GERHARD, "BGB § 823", *MüKo BGB, V, Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, MATHIAS HABERSACK (coord.), C. H. Beck, Munique, 2013, disponível em http://beck-online.beck.de (consultado pela última vez a 24.05.2015)
- WANDT, MANFRED, "Vorbemerkung zu § 28 VVG", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em http://beck-online.beck.de (consultado pela última vez a 26.11.2013)
- , "VVG § 28 Verletzung einer vertraglichen Obliegenheit", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em http://beck-online.beck.de (consultado pela última vez a 25.02.2012)
- , "VVG § 30 Anzeige des Versicherungsfalles", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em http://beck-online.beck.de (consultado pela última vez a 10.09.2012)
- , "VVG § 31 Auskunftspflicht des Versicherungsnehmers", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em http://beck-online.beck.de (consultado pela última vez a 10.09.2012)
- WEITNAUER, HERMANN, "Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, Versuch einer Ehrenrettung", in *Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts, Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Otfinger*, MAX KELLER (coord.), Schulthess & Co., Zurich, 1969, pp. 321-346

- WIEACKER, FRANZ, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1956
- WIELING, HANS JOSEF, "Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst", *AcP*, 4, 1976, pp. 334-355
- WILBURG, WALTER, *Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil, Direito e Justiça*, 3, 2000, pp. 55-73 (trad. do original *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950, por DORA MOREIRA DE SOUSA/ RAÚL GUICHARD)
- WINTER, GERRIT, "Die Verabschiedung des allgemeinen Bereicherungsverbots", in *Versicherung, Recht und Schaden, FS für Johannes Wälder zum 75. Geburtstag*, C. H. Beck, Munique, 2009, pp. 103-120
- WINTER, RALPH A., "Optimal insurance contracts under moral hazard", in *Handbook of insurance*, GEORGES DIONNE (coord.), Springer, Nova Iorque/Heidelberg/Dordrecht/Londres, 2013, pp. 205-230
- WOLF, MANFRED, "BGB § 307 Inhaltskontrolle", in *AGB-Recht Kommentar*, MANFRED WOLF/WALTER F. LINDACHER/THOMAS PFEIFFER (coord.), C. H. Beck, Munique, 2009, pp. 288-412
- WOLFF, MARTIN, "Das Privatversicherungsrecht", in *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, II*, JOSEF KOHLER (coord.), Duncker & Humblot/Guttentag, Munique/Leipzig/Berlin, 1914, pp. 413-542
- WRABETZ, WOLFRAM/REUSCH, PETER "VVG § 23 Gefahrerhöhung", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 10.09.2012)
- , "VVG § 24 Kündigung wegen Gefahrerhöhung", *MüKo VVG, I*, THEO LANGHEID/MANFRED WANDT (coord.), C. H. Beck, Munique, 2010, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 10.09.2012)
- WURMNEST, WOLFGANG, "BGB § 307 Inhaltskontrolle", *MüKo BGB, II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432*, WOLFGANG KRÜGER (coord.), C. H. Beck, Munique, 2012, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 22.04.2014)
- ZIMMERMANN, REINHARD, *Breach of contract and remedies under the new German law of obligations*, Centro di Studi e ricerche di Diritto comparato e straniero, Roma, 2002
- ZITELMANN, ERNST, *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I, Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1900
- ZUCCATO, GIANFRANCO DE, "Natura giuridica dell'assicurazione infortuni: osservazioni critiche alla Corte di Cassazione", *DEA*, 2, 2009, pp. 567-583
- ZWEIGERT, KONRAD/KÖTZ, HEIN, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1996