

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Joel Tiago Ferreira Vilaça

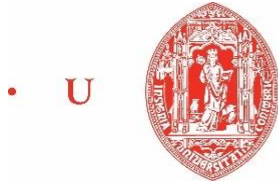
**IDENTIDADE E DESLOCAÇÃO DO DANO:
O PROBLEMA DA LIQUIDAÇÃO DO DANO DE TERCEIRO**

UM ENSAIO PRÁTICO-DOGMÁTICO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PORTUGUÊS

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, com Menção em Direito Civil orientada pela Professora Doutora Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Outubro de 2020



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Joel Tiago Ferreira Vilaça

**IDENTIDADE E DESLOCAÇÃO DO DANO:
O PROBLEMA DA LIQUIDAÇÃO DO DANO DE TERCEIRO**

UM ENSAIO PRÁTICO-DOG MÁTICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

DAMAGE IDENTITY AND DISPLACEMENT: THE TRANSFERRED LOSS PROBLEM
A PRACTICAL DOGMATIC TEST IN THE PORTUGUESE LEGAL ORDER

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º
Ciclo de Estudos em Direito, conducente ao grau de Mestre, na Área de Especialização em
Ciências Jurídico-Civilísticas com Menção em Direito Civil.

sob a Orientação
da Prof. Doutora Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa

Coimbra, 2020

*“Recomeça...
Se puderes,
Sem angústia e sem pressa.
E os passos que deres,
Nesse caminho duro
Do futuro,
Dá-os em liberdade
Enquanto não alcances
Não descanses
De nenhum fruto queiras só metade.*

*E, nunca saciado
Vai colhendo
Ilusões sucessivas no pomar
E vendo
Acordado,
O logro da aventura
És homem, não te esqueças!
Só é tua a loucura
Onde, com lucidez, te reconheças.”*

MIGUEL TORGA

AGRADECIMENTOS

Impõe-se-nos, apesar de breve, um justo, profundo e sentido registo de agradecimento,

A ti meu bom Jesus,

À Imaculada Virgem Maria,

“É profundamente consolador saber que estais coroada não só com a prata e o ouro das nossas alegrias e esperanças, mas também com a bala das nossas preocupações e sofrimentos”, que do alto do sameiro veles por todos nós,

Ao meu Avô Torres

Saudade é a palavra que impera,

Aos meus Pais,

que sempre me asseguraram comida na mesa e livros na estante
sinal de amor e de eterna gratidão.

À minha irmã,

a luz do meu caminho,
a mensagem e o conselho certos no constante turbilhão,

À tenra geração da minha família

Lara, Salvador e Lourenço

Aos meus amigos,

À Graça, à Catarina, à Margarida, à Eulália, ao J. Amado, ao Litos, ao J. Luís Ferreira, à Rita, ao Victor, ao J. Nascimento, ao Tiago, ao Daniel e ao Emanuel

“os amigos certos na hora incerta”,

Por fim, mas não por último, deixo aqui consignada uma palavra de reconhecimento à minha orientadora Professora Doutora Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa, pela presença e orientação constantes na elaboração do presente escrito.

RESUMO

Partimos da seguinte premissa: sem dano não há responsabilidade. É em torno deste pressuposto que toda a mecânica da responsabilidade civil calcorreia: na identificação do problema social do dano, *enquanto limite e medida da indemnização*, e da sua imputação através da obrigação de indemnizar.

Conscientes das dificuldades técnico-jurídicas que algumas hipóteses juridicamente relevantes suscitam no âmbito da tutela indemnizatória dos danos e da premente atualidade do tema que a encerra, propomos indagar sobre as potencialidades da liquidação do dano de terceiro enquanto figura resolutiva de hipóteses em que um terceiro sofre um dano no quadro de referência da contratualidade.

As determinantes da figura que nos propomos discutir, cuja fundamentação enfrenta severas dificuldades na doutrina, surgem pelos contornos que o sistema delitual apresenta a exigir aos autores a investigar no campo contratual a solução para alguns problemas relacionados com o não ressarcimento dos danos puramente patrimoniais ao nível da responsabilidade extracontratual e com o regime do ónus da prova consagrado no plano extracontratual.

Assim, empreenderemos um ensaio prático-dogmático no ordenamento jurídico pátrio limitados pelas coordenadas que o sistema jurídico português nos fornece.

Destarte, abordaremos em particular, uma das propostas que a doutrina da responsabilidade civil contratual nos apresenta para a tutela ressarcitória de terceiros: a figura da liquidação do dano de terceiro no ordenamento jurídico português.

Palavras-chave: dano, terceiro, liquidação do dano de terceiro, dano patrimonial puro, responsabilidade civil

ABSTRACT

We start with the following premise: without damage there is no liability. It is revolving around this assumption that the whole mechanic of civil liability works: the identification of the social problem of damage, *as a limit and measure of the compensation*, and of his imputation through the obligation of paying compensation.

Aware of the technical and legal difficulties that some legally relevant hypotheses raise within the damage compensation and the pressing actuality of the theme it poses, we propose to question about the potentialities of transferred loss liquidation as a resolutive figure of situations in which a third party suffers a damage in the reference framework of the contract. The determinants of the figure we propose to discuss, whose grounds face severe difficulties in doctrine, arise from the contour that the delict system presents, requiring the author to investigate in the contractual field a solution for some problems related to the non-compensation of the pure economic loss at the level of extra-contractual liability and the burden of proof regime established in the extra-contractual plan.

Thus, we will undertake a practical and dogmatic essay in our national legal order limited by the coordinates that the Portuguese legal system offers us.

Therefore, we will approach, in particular, one of the proposals that the doctrine of contractual civil liability presents to us for the compensation of a third party: the figure of transferred loss in the Portuguese legal order.

Key-words: damage, transferred loss, third-party, economic loss, civil liability

NOTA PRÉVIA E ABREVIATURAS

As obras citam-se pelo autor, título, ano de publicação e páginas. De modo semelhante, as decisões judiciais são apresentadas pelo tribunal, data, local de publicação e páginas. A bibliografia citada e consultada, bem como as decisões jurisprudenciais, constam da parte final do estudo, seguinte às conclusões. As disposições legais indicadas, quando não acompanhadas da fonte, correspondem ao Código Civil em vigor, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro, e alterado pela sexagésima segunda vez pela Lei n.º 85/2019, de 03 de setembro. O presente estudo respeita as regras do novo acordo ortográfico. As abreviaturas utilizadas são as seguintes:

AAFDL	- Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Art.	- Artigo
CC	- Código Civil
Cód. Civil	- Código Civil
Cód. Penal	-Código Penal
Cód. Processo Civil	- Código de Processo Civil
CRP	- Constituição da República Portuguesa
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch
HGB	- Handelsgesetzbuch
FDUC	- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
STJ	- Supremo Tribunal de Justiça
SEGS ou ss.	- Seguintes
BMJ	- Boletim do Ministério da Justiça

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	9
I. ENQUADRAMENTO PRÉVIO	12
1.1 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	12
1.2 EXEMPLOS	19
1.3 IMPORTÂNCIA PRÁTICO-NORMATIVA.....	21
1.4 CONFRONTO COM FIGURAS AFINS.....	23
1.4.1 CONTRATO DE EFICÁCIA COM PROTEÇÃO PARA TERCEIROS E CONTRATO A FAVOR DE TERCEIRO	24
II. A ORIGEM DO PROBLEMA	28
2.1 RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL E RESPONSABILIDADE CONTRATUAL	30
2.2 A ILICITUDE EXTRACONTRATUAL - A EFICÁCIA EXTERNA DAS OBRIGAÇÕES.....	41
2.3 A EFICÁCIA EXTERNA DAS OBRIGAÇÕES – A PROTEÇÃO DELITUAL DO CRÉDITO	54
2.4 A TITULARIDADE DO DIREITO À INDEMNIZAÇÃO NA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL E NA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL	62
III. OS ELEMENTOS DA LIQUIDAÇÃO DO DANO DE TERCEIRO	65
3.1 O CONCEITO DE DANO.....	65
3.2 A DESLOCAÇÃO PATRIMONIAL	67
3.3 O PROBLEMA DO PONTO DE VISTA DO PREENCHIMENTO DA RESPONSABILIDADE.....	71
IV. A LIQUIDAÇÃO DO DANO DE TERCEIRO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS	73
4.1 A COMPLEXIDADE OBRIGACIONAL	73
4.2 LIQUIDAÇÃO DO DANO DE TERCEIRO E CONTRATO COM EFICÁCIA DE PROTEÇÃO PARA TERCEIROS	79
4.3 LIQUIDAÇÃO DE DANO DE TERCEIRO E <i>COMMODOUM</i> DE REPRESENTAÇÃO.....	86
4.4 INTERESSE DO CREDOR E INTERESSE CONTRATUAL.....	89
4.5 POTENCIALIDADES DA LIQUIDAÇÃO DO DANO DE TERCEIRO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS.....	91
A) DISPOSIÇÃO LEGAL SOBRE O ENCARGO DO RISCO	92
B) RELAÇÃO ENTRE O CREDOR DA INDEMNIZAÇÃO E O TERCEIRO	93
B1 – MANDATO SEM REPRESENTAÇÃO	93
B2 – EMPREITADA	94
5. CONCLUSÕES	97
6. BIBLIOGRAFIA	100
7. JURISPRUDÊNCIA	106

INTRODUÇÃO

Partimos de uma premissa: sem dano não há responsabilidade¹. É em torno deste pressuposto que toda a mecânica da responsabilidade civil calcorreia: na identificação do problema social do dano², *enquanto limite e medida da indemnização*³, e da sua imputação através da obrigação de indemnizar.⁴

No intento que a disciplina de imputação dos danos se auto-propõe, estreitada pela dicotomia dos velhos brocados *casum sentit dominus*⁵ e o *neaminen laedere*, compete-lhe distribuir os diversos riscos de danos e definir os ditames e as prescrições em que um sujeito, inserido numa comunidade, é avocado a suportar um dano sofrido por outrem⁶. Para além da teleologia primária do instituto jurídico aqui invocado, a responsabilidade civil comunga da tarefa de reparação do dano e da prevenção de ocorrência de novos prejuízos obedecendo a imperativos de justiça comutativa pretendendo restabelecer o *status quo* patrimonial colocado em crise com a prática do ato ilícito e culposo.

Neste sentido, conscientes das dificuldades técnico-jurídicas que algumas hipóteses juridicamente relevantes suscitam no âmbito da tutela indemnizatória dos danos e da premente atualidade do tema que a encerra, propomo-nos versar sobre a intencionalidade problemática dos casos-tipo em que um terceiro, alheio ao quadro negocial desenhado pelas

¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil, vol. VII, direito das obrigações, gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, 2ª reimpressão da 1.ª edição do tomo III de 2010, Almedina, 2016, p. 330 e ss, Vide, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Danos, uma leitura personalista da responsabilidade civil*, 1.ª Edição, Editora Príncípia, 2018, p.9 e ainda JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral, I*, 10.ª Edição, 2012, Almedina, Coimbra pp. 597-598.

² JORGE SINDE MONTEIRO, “*Rudimentos da responsabilidade civil*”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. pp. 17-18. Nas palavras do autor “a função social deste instituto consiste assim na distribuição dos danos se produzem no contacto social” ou ainda, a “...a componente de regulamentar o convívio económico e social de forma a que essas relações se pautem por princípios, por boas regras de conduta e por bom senso para melhor se equilibrarem e harmonizarem as sociedades contemporâneas.” RUI MANUEL DE FREITAS RANGEL, “*A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil: um olhar sobre a jurisprudência*”, Almedina, 2002, p. 16.

³ Salvo, nos casos de redução da indemnização prevista no artigo 494.º do C.C e aos casos de indemnização devido ao trabalhador como resultado de um despedimento ilícito – Vide MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, cit. p. 45.

⁴ MANUEL A CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil – responsabilidade civil – o método do caso*, Almedina, Abril 2010, p. 60.

⁵ O dano fica com quem sofre.

⁶ MANUEL A CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil – responsabilidade civil...*, cit., p. 60.

partes⁷, sofre um dano que, normalmente, ocorreria na esfera jurídica de um dos sujeitos contratuais.

Destarte, abordaremos em particular uma das propostas que a dogmática da responsabilidade civil contratual nos apresenta para a tutela ressarcitória de terceiros: a figura da liquidação do dano de terceiro.

Indaguemos, no *iter* expositivo-argumentativo a que nos propormos empreender, as situações em que se dá uma *deslocação do dano*⁸: o dano que normalmente afetaria o credor da relação obrigacional primitiva, pela violação de deveres de prestar ou deveres laterais de conduta que incumbem ao devedor, atinge um terceiro relativamente ao qual existe apenas ligação de interesses⁹.

Constatada esta realidade e analisada sob a definição ampla de *intervenção de terceiros numa relação obrigacional*¹⁰, à qual surgem também associadas as figuras do *contrato a favor de terceiro* cuja diferenciação teremos oportunidade de fazer, a liquidação do dano de terceiro surge paredes meias com a figura do contrato de eficácia de proteção de terceiros como uma sucessão ou inversão da sua diretriz¹¹.

Pese embora tenham uma estrutura e idiosincrasias distintas, como teremos também a possibilidade de observar mais adiante, estas duas construções mantêm dois pontos de confluência insofismáveis para a compreensão do problema: ambas refletem as debilidades e surgem como mecanismos ressarcitórios para colmatar os inconvenientes práticos do sistema delitual alemão, em particular do § 831 do BGB. Emergem, neste sentido, como propostas dogmático-ressarcitórias de danos que nascem na constância do contrato e, desse

⁷ Como advoga ARMANDO TRIUNFANTE, *Comentário ao Código Civil: do direito às obrigações, das obrigações em geral/ coord. De José Brandão Proença – Lisboa: Universidade Católica Editora*, p. 64, “Por partes deve entender-se os contraentes originais, mas também aqueles que lhes venham a suceder a título sucessório (veja-se por ex. o artigo 4.º, n.º1 do Código de Registo Predial) ou aqueles que poderão substituir através dos mecanismos para tal previstos na lei como a cessão de créditos (artigos 577.º e ss.), a sub-rogação (artigos 589.º e ss.), a transmissão de dívida (artigos 595.º e ss.) e, de um modo muito especial, a cessão da posição contratual (artigos 424.º e ss.).”

⁸FERNANDO OLIVEIRA DE SÁ, *Contrato e liquidação de dano de terceiro – análise de uma hipótese*, in *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 215 e ss. o problema tem sido tratado e conhecido entre os “*common lawyers*” como o problema da “*transferred loss*” e designado na doutrina alemã por “*drittschadenliquidation*” vide, JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro no direito civil português*, RDFUP, 2006, p. 304.e ss..

⁹ MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual de terceiro*, Coimbra Editora, 2009,p. 181.

¹⁰ TIAGO AZEVEDO RAMALHO, *Princípio da relatividade contratual e contrato a favor de terceiro: da titularidade do direito à prestação por parte de terceiro*, Coimbra Editora, 2013,p. 35.

¹¹ MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Reimpressão, Almedina, 2004, nota de rodapé 108, p. 140.

modo, conferem a um terceiro, dada a sua posição marginal ao contrato, o ressarcimento dos danos transferidos.

Aqui, propomos indagar sob as potencialidades da liquidação do dano de terceiro enquanto *iter* resolutivo de hipóteses em que um terceiro sofre um dano no quadro de referência da contratualidade.

Assim, empreenderemos um ensaio prático-dogmático no ordenamento jurídico pátrio balizados pelas coordenadas normativo-axiológicas que o sistema nos fornece.

As determinantes da figura que nos propomos discutir, cuja fundamentação enfrenta severas dificuldades na doutrina, surge pelos contornos que o sistema delitual apresenta, a instar os autores a perscrutar no campo contratual a solução para alguns problemas relacionados com o desfavor no plano da ressarcibilidade delitual dos danos puramente patrimoniais e com o regime do ónus da prova consagrado no plano delitual.

Sob o intento a que nos propomos, aremos pelo conceito de relação obrigacional complexa, pelo postulado da visão dualista da responsabilidade civil como ponte para a inclusão de determinados terceiros no decurso e cumprimento do vínculo contratual, fulcral na discussão que se avizinha. Debrucemo-nos ainda sobre o recorte funcional dado à ilicitude, na (im)possibilidade do ressarcimento pela via delitual dos danos emergentes da violação dos direitos de crédito, em particular, o problema efeito externo das obrigações.

E, por fim, munidos já de um recorte dogmático estruturado, poderemos descortinar a liquidação do dano de terceiro, fazendo o cotejo com alguns mecanismos ressarcitórios, e das suas potencialidades na ordenação jus-civilística portuguesa.

CAPÍTULO I

I. ENQUADRAMENTO PRÉVIO

1.1 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

“O obrigado a indemnizar, só pode, em regra, basear as suas previsões nas relações com o titular dos bens imediatamente afetados pelo facto danoso, pelo que, a indemnização apenas pode, em princípio, abranger o interesse desse titular, e não de terceiros”¹².

Ora tendo como ponto de partida o enunciado, na responsabilidade obrigacional podemos afirmar que somente os danos causados ao credor, provenientes da violação de uma obrigação em sentido técnico¹³, são reparáveis e na responsabilidade extracontratual apenas os danos causados ao titular dos bens imediatamente atingidos pelo facto ilícito e culposo são igualmente alvo de tutela ressarcitória ficando excluído, salvo exceção legal¹⁴, o ressarcimento de danos sofridos por terceiros¹⁵.

Com efeito, o espectro do dever de indemnizar é circunscrito no domínio da responsabilidade obrigacional aos danos causados ao credor por um comportamento ilícito e culposo¹⁶.

Vigora assim, vertido no artigo 798.º do CC, o dogma do interesse do credor da indemnização¹⁷.

Se é certo que em regra, no domínio contratual, o círculo de sujeitos e danos a indemnizar é circunscrito aos dois pólos da relação obrigacional que a compõe¹⁸ como fator delimitador do risco¹⁹, não é menos seguro afirmar que, sob particulares situações, o círculo de interesses e danos a indemnizar possa ou deva ser alargado.

¹² ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *O dever de indemnizar e o interesse de terceiros*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 86, Maio de 1959, p.103.

¹³ Violação essa proveniente de um contrato, de um negócio jurídico unilateral, ou da lei.

¹⁴ Enquanto exceções ao regime atente-se nos artigos 495.º e 496.º do Código Civil que terão o devido desenvolvimento no 2.º Capítulo do presente escrito.

¹⁵ ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *O dever de indemnizar e o interesse de terceiros*, cit., p. 103.

¹⁶ ADRIANO PAES VAZ SERRA, “*O dever de indemnizar e o interesse de terceiros*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 86, 1959, cit., p. 104.

¹⁷ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. I, Coimbra Editora, 2008, nota de rodapé n.º 2063, p. 804.

¹⁸ “*Consideram-se terceiros todos aqueles que em face da qual uma relação obrigacional não produz efeitos*”, vide TIAGO AZEVEDO RAMALHO, *Princípio da relatividade contratual e o contrato a favor de terceiro*, cit., p. 35.

¹⁹ FERNANDO OLIVEIRA DE SÁ, *Contrato e liquidação do dano de terceiro – análise de uma hipótese*, in *Novas tendências da responsabilidade civil*, Almedina, 2007, p. 210.

Por vezes verifica-se, sob particulares circunstâncias, a *deslocação ou transferência do dano*. O dano que normalmente afetaria a esfera jurídica do credor da relação obrigacional, pela violação de deveres de prestar ou deveres laterais de conduta que incumbem ao devedor, atinge um terceiro relativamente ao qual existe apenas uma ligação de interesses²⁰.

Trata-se de hipóteses práticas em que, preenchidos todos os pressupostos da responsabilidade civil num sujeito, o próprio dano vem a ocorrer na esfera de um outro sujeito: um terceiro.

Constata-se, portanto, um problema de preenchimento da responsabilidade. De um lado, temos o terceiro-lesado no qual o dano foi projetado e no qual não se verificam os restantes elementos da responsabilidade civil, e desse modo encontra-se inibido para intentar uma ação indemnizatória. Do outro lado, temos o sujeito (credor) no qual se verificam os demais pressupostos da responsabilidade civil à exceção do dano que veria, igualmente, a sua pretensão indemnizatória julgada improcedente por falta deste²¹.

Como facilmente se intui, esta dissociação entre *o interesse* do terceiro no ressarcimento do dano *e meio jurídico de tutela*²² à disposição do credor da relação obrigacional primitiva conduz-nos a resultados irrazoáveis.

Seria iníquo se se permitisse que um terceiro ficasse onerado com um dano ao qual não se expôs, provocado pelo inadimplemento do devedor face aos seus deveres de prestar ou laterais de conduta²³.

Destarte, para mitigar os resultados irrazoáveis que aplicação estreme do princípio do dogma do interesse do credor produzia, emergiu no seio da dogmática alemã a figura da liquidação do dano de terceiro (*Drittschadensliquidation*)²⁴.

À luz desta construção dogmática²⁵ atribui-se ao credor da relação contratual, aquele no qual se verificam os demais pressupostos da responsabilidade civil, com exceção do dano, a

²⁰ MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual de terceiro*, cit., p. 181.

²¹ PAULO DUARTE, *Reflexos jurídico-obrigacionais da cooperatividade nos negócios jurídicos celebrados pelas cooperativas de habitação e construção*, in jurisprudência cooperativa comentada, Lisboa, INCM, 2012, pp. 489-497.

²² MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil / responsabilidade civil, o método do caso*, Almedina, 2010 p.97.

²³ FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Contrato e liquidação do dano de terceiro...*, cit., p.243.

²⁴ A par da doutrina alemã, o problema tem sido tratado sob a designação de “transferred loss” no ordenamento jurídico inglês. O seu domínio de aplicação situa-se no âmbito da empreitada ou na prestação de serviços profissionais. A este propósito veja-se JORGE MATTAMOUTOS, *A liquidação do dano de terceiro no direito civil português*, RDFUP, 2006. pp. 304 e 307 e ss..

²⁵ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil / responsabilidade civil...*, cit., pp. 97-100.

possibilidade de liquidar junto do lesante, devedor da relação obrigacional, um dano que se produziu e se encontra assente na esfera jurídica de um terceiro, ficando vinculado a transferir o produto indemnizatório para o terceiro-lesado, recorrendo para o efeito à figura jurídica do *commodum* de representação (§ 285 do BGB, artigos 794.º e 803.º do CC) ²⁶.

É, portanto, no quadro do agir para ou por outrem²⁷ no ressarcimento do dano que nos movemos.

Em linhas genéricas, pode entender-se que a figura nasce pelos contornos rígidos da cláusula de responsabilidade civil do sistema delitual alemão no que concerne à responsabilidade delitual por atos auxiliares de execução (§ 831 do BGB)²⁸, por esta não assegurar o total ressarcimento dos danos, pelo desfavor da ressarcibilidade delitual dos danos puramente patrimoniais e no regime do ónus da prova que impende sobre o lesado²⁹. Senão vejamos.

§ 831 do BGB - “Aquele que atribui a outrem uma função deve reparar o dano que este cause ilicitamente a um terceiro no exercício dessa função. A obrigação de reparação não existe se o dono do negócio utilizou a diligência necessária para o uso quanto à escolha da pessoa do comissário, quanto aos instrumentos que lhe devia fornecer, quanto à vigilância da execução da função, ou quanto às instruções que lhe competiam, ou ainda se o dano se tivesse verificado ainda que tivesse sido utilizada a diligência necessária.

A mesma responsabilidade incumbe àquele que se encarrega, através de contrato, de uma das tarefas indicadas no parágrafo primeiro, frase segunda, por conta do dono do negócio.”

Nestes termos, o § 831 do BGB consagra um quadro de responsabilidade subjetiva do dono do negócio. Esta facultará ao dono do negócio duas alternativas para a exoneração da responsabilidade: i) o dono do negócio prova a ausência de culpa na escolha e na vigilância

²⁶ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. I, Coimbra Editora, 2008, nota de rodapé n.º 2063, p. 804.

²⁷ Embora redutora e descontextualizada do tema em que a mesma é impregnada, a expressão de OLIVEIRA ASCENSÃO, afigura-se-nos essencial para definição do ponto nevrálgico do tema da liquidação do dano de terceiro, *Direito Civil/Teoria Geral II, Acções e factos jurídicos*, 2.ª Edição, Coimbra 2003, p. 242.

²⁸ MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora 2009, pp. 166 e ss.

²⁹ MARIA DA GRAÇA TRIGO, *in Responsabilidade civil delitual...*, cit., p.168.

da pessoa do comissário; ii) ou o dono do negócio faz prova que o dano se produziria igualmente caso fossem cumpridas todas as normas de cuidado (diligência necessária a que o artigo se refere).

Em primeiro lugar, parece-nos excessivo requerer-se a culpa do comitente - dono do negócio - para ressarcir os danos causados pela conduta do comissário, na medida em que se limita o lesado de tutela sempre que o comissário pratique o facto ao serviço e no cumprimento das funções delegadas pelo primeiro³⁰.

Em segundo lugar, mesmo nas hipóteses em ocorre *culpa in elegendo*, de acordo com o entendimento de MARIA GRAÇA TRIGO: o dono do negócio beneficiará, naturalmente, da posição de domínio que exerce sobre a empresa, uma vez que controla o funcionamento interno e os meios de produção da mesma. Neste sentido, o dono do negócio moldará a ação de investigação do lesado no que concerne ao apuramento de eventual omissão ou negligência dos deveres de cuidado do auxiliar, para que seja exonerado de qualquer tipo de responsabilidade.

Acresce que, a provar-se a culpa de um superior hierárquico na seleção e coordenação dos auxiliares, nos termos expostos a mesma não será tida em conta no preenchimento da culpa do dono do negócio³¹.

Nessa medida este regime probatório beneficia, em larga escala, as grandes empresas em detrimento das empresas de pequena e média dimensão.

As grandes empresas são marcadas por uma estrutura hierárquica complexa em que a culpa *in elegendo* e *in vigilando* é facilmente diluída pelos superiores hierárquicos.

Repare-se que, como em qualquer sistema complexo, o serviço é orientado e regido por regulamentos, por circulares, por diretrizes internas e por outros elementos documentativos que, no nosso entender, constituem matéria probatória bastante para levar à exoneração de responsabilidades por parte do dono do negócio.

Porém, esta situação não se verificará nas pequenas e médias empresas, marcadas por uma micro estrutura de cariz, arriscamos, familiar, e como tal, marcadas por uma simplicidade regulamentar no melhor dos casos, uma vez que tais orientações são dadas diretamente ao auxiliar, sem que as mesmas tenham um sustento físico. Todavia, em qualquer dos casos, afastada, em primeiro plano, a possibilidade de reparação do dano pela imputação dos danos

³⁰ MARIA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual...*, cit., pp. 166 e 167.

³¹ MARIA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, 2009 cit., pp. 168.

ao dono do negócio, resta apenas a dedução de uma ação indemnizatória contra o auxiliar, o que por norma, dada a sua débil posição económica, não dispõe *de solvabilidade*, fazendo com que o lesado não seja ressarcido e suporte o dano provocado pelo auxiliar³².

Assim, para contornar as limitações constantes § 831 do BGB, a dogmática e a jurisprudência alemãs recorreram a diversos expedientes ressarcitórios, entre os quais a figura da liquidação do dano de terceiro³³ para fundamentar a aplicação do § 278 do BGB, no qual se define a responsabilidade objetiva do devedor pelos atos dos seus auxiliares³⁴.

Numa nota histórica a registar, o Instituto da Liquidação do Dano de Terceiro surge na jurisprudência alemã, em pleno século XIX³⁵ com o seguinte caso: “ *um fabricante de Bremen comprou uma partida de cortiça a um comerciante sediado no Porto. Para proceder ao transporte da dita mercadoria, contratou uma empresa de despachantes marítimos que, por sua vez, contratou com uma empresa de transportes marítimos que se encarregou de a entregar em Cuxhaven . No entanto, quando o barco aportou em Cuxhaven, dadas as baixas temperaturas, e por temer que as mesmas se fizessem sentir numa carga de vinho de Porto que era também alvo de transporte, o transportador recusou – se à descarga da dita cortiça* ”³⁶ o que provocou enormes atrasos na entrega da respetiva mercadoria, uma vez que esta teria como destino final a cidade de Hamburgo.

Quid Iuris?

³² MARIA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, 2009, pp.182-183.

³³ Outras propostas que a dogmática alemã propõem resumem-se à *culpa in contrahendo* e ao *contrato de eficácia de proteção para terceiros*, vide, MARIA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, pp. 166 e ss.

³⁴ MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, 2009, pp.176.

³⁵ É de destacar a sua presença no Direito Inglês, designadamente associada ao problema de transferência do risco nos contratos de transporte e de compra e venda de mercadorias, cuja jurisprudência remonta para os finais do século XVIII, H. UNBERATH, *Transferred Loss*, p. 93 e ss. Um caso que merece toda a atenção é o *AlbaCruz (Cargo owners) vs. Albarezo (Owners Appellants (1977 A.c. 774*. Em que o Tribunal adotou uma solução que fica ladeada entre a figura jurídica da liquidação do dano de terceiro e o contrato com eficácia de protecção para terceiros. Volvidos alguns anos é consagrado o princípio do *Transferred loss* no caso *The AliaKmon.. Leigh and Sullivan Lrd v Aliakmon Shipping (Tehe Aliakomon) 1986 2 Lloyd’s Rep.1*. Embora, vigore o princípio relatividade dos contratos, o *Transferred Loss* é reconhecido como *rule of law* mas não se encontra consolidado no ordenamento jurídico inglês. Paulatinamente tem- se afastado do contracto com eficácia de proteção para terceiros tendo como âmbito de aplicação hipóteses como a empreitada e de prestação de serviços profissionais. Vide, JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro no direito civil Português*, cit., pp. 304 ss..

³⁶ *Leading case* retirado do livro *Direito Civil – responsabilidade civil, o método do Caso CARNEIRO DA FRADA*, p. 97-98.

Não será difícil antever que a mora no cumprimento da obrigação principal de entrega da cortiça em Hamburgo pela empresa de transportes marítimos, contratada pela empresa de despachantes marítimos, seja fonte de danos.

A empresa de transportes marítimos ao recursar-se a fazer a descarga da cortiça, provocou danos moratórios ao empresário de Bremen.

Destarte, o terceiro (empresário de Bremen) para ver os seus danos ressarcidos, apenas poderá deduzir uma pretensão indemnizatória contra *a empresa de despachantes marítimos*, em virtude do dogma do interesse do credor. O empresário não possui ação contratual contra *a empresa transportadora marítima* pelo facto de não ser parte no contrato entre a última, detendo apenas uma ação delitual.

Por seu turno, a *empresa de despachantes marítimos* detém uma ação contratual contra a *empresa transportadora*, mas falta-lhe o interesse para a liquidação dos danos provocados a terceiro, ao empresário de Bremen.

Intentado o pedido indemnizatório pelo empresário de Bremen, por danos moratórios, o tribunal reconheceu à empresa de despachantes marítimos a faculdade de liquidar o dano moratório sofrido pelo empresário de Bremen junto da empresa que efetuou o transporte.

O *leading case supra* descrito dá-se no âmbito de um mandato sem representação: o mandatário (empresa de despachantes marítimos) atua em nome próprio mas no interesse do mandante (empresário de Bremen) face ao incumprimento da contraparte do mandatário (da empresa de transportes marítimos) no âmbito da atividade que leve a cabo em execução do mandato.

Os prejuízos provocados, nomeadamente os danos moratórios que foram objeto do pedido indemnizatório, produzem os seus efeitos na esfera patrimonial do mandante, o qual, por força do artigo 798º do CC³⁷, não detém uma pretensão contratual autónoma, uma vez que não detém qualquer vínculo obrigacional com a contraparte do mandatário. Este, porém, é apenas desenvolvido entre mandatário e lesante³⁸.

³⁷ Que consagra expressamente o dogma do interesse do credor, autores COMO FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Contrato e Liquidação*, in *Novas tendências da responsabilidade civil*, pp 240 e ss e Vaz Serra, *Obrigação de Indemnizar, direito de abstenção e de remoção*, BMJ, nº 86, 1959, p. 103 o Autor propõe uma redução teleológica do dogma do interesse do credor, “ Se, por força de uma disposição legal ou de uma relação jurídica existente na data da lesão entre o credor da indemnização e um terceiro, o dano, que deveria atingir aquele, se produz na pessoa deste (terceiro) ”.

³⁸ Posição inovadora apresenta o artigo § 421 I 2 do HBG, em que consagra expressamente a faculdade de o terceiro lesado deduzir uma pretensão indemnizatória contra o o transportador Apud, KLAUS HOPT/ ADOLF BAUMBACH, *Handelsgesetzbuch*, 30ª., Munchen 2000, 421, n.1, p. 1127 ss.in, FERNANDO OLIVEIRA E

Seria iníquo que o terceiro (empresário de Bremen) sofresse um dano ao qual não se expôs pelo inadimplemento dos deveres contratuais do devedor (transportador de mercadorias) – leia-se o lesante – e saia exonerado das suas obrigações.

Aberto este pequeno parêntesis para demonstrar a índole da construção dogmática, e salvo os casos de acordo contratual entre as partes sobre a liquidação de um dano sofrido por terceiro,³⁹ compreendem-se outras hipóteses, às quais o seu tratamento encontra-se cristalizado no ordenamento jurídico alemão, designadamente nas hipóteses do *risco na compra e venda*, na *representação indireta*, na *empreitada* e, por fim, nas hipóteses práticas de *guarda ou depósito da coisa*⁴⁰.

SÁ, *Contrato e liquidação do dano de terceiro*, in *Novas tendências da responsabilidade civil*. p. 211, nota de rodapé n.º 23.

³⁹ Em traços largos, este instituto, desenvolvido ao abrigo do princípio da autonomia privada, opera através do acordo entre as partes (*drittschadenliquidation kraft vereinbarung*). As partes estipulam que a violação de certos deveres contratuais, que atinjam um terceiro alheio ao vínculo obrigacional, geram um dever de indemnizar. Coloca-se ainda a questão se a figura atribuirá ao lesado uma pretensão autónoma... Vide, FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Contrato e liquidação do dano de terceiro*, in *Novas tendências da responsabilidade civil*, cit., p.235 ss..

⁴⁰ O problema é também colocado nas situações em que é destruído o objeto de uma doação, ou de um legado. Vide, MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. I, em rodapé, p.805 Coimbra Editora, 2008.

1.2 EXEMPLOS

1.2.1 RISCO NA COMPRA E VENDA E NA EMPREITADA⁴¹

No contrato de compra e venda com entrega em lugar diverso ao cumprimento (*Versendungskauf*) a assunção do risco é assumida pelo comprador.⁴² A partir do momento em que a mercadoria, objeto de entrega, é entregue ao transportador dá-se a transferência imediata do risco antes da transmissão da propriedade nos termos do § 447 do BGB. Quando ocorre o evento lesivo, o risco de perecimento ou a deterioração do objeto de transporte, já transferido para a esfera jurídica diversa do proprietário, ocorre por conta do comprador, uma vez que impera no ordenamento jurídico de alemão o sistema de modo⁴³.

Do mesmo modo decorre no contrato de empreitada (§ 644 do BGB), em que o risco corre por conta do dono da obra, nas situações em que a mesma é transportada para o destino do cumprimento.

Segundo a dogmática tradicional⁴⁴, correndo o risco por conta do comprador caso se verifique a destruição da mercadoria, durante o transporte, o vendedor é titular de uma ação delitual, por eventual lesão do direito de propriedade, e de uma ação contratual, por eventual execução negligente do contrato de transporte, não sofrendo qualquer dano uma vez que mantém o direito ao preço (§ 447 do BGB).

Por seu turno, o comprador é obrigado a pagar o preço sofrendo um dano sem poder reagir. De facto, para colmatar este tipo de situações o BGB consagrou a faculdade de o transportador ser demandado, quer pelo vendedor, quer pelo comprador⁴⁵.

⁴¹ Vide, JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro...*, cit. pp 308, FERNANDO DE OLIVEIRA E SÁ, *Novas tendências da Responsabilidade Civil...* cit., 220 e ss, e ainda VAZ SERRA, *Obrigações de indemnizar terceiros*, cit., p.103

⁴² Situação análoga ocorre em virtude do artigo 797.º do C.C vide, JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro no Direito civil Português*, cit., pp. 308-309.

⁴³ Em termos perfunctórios, no *sistema de modo*, vigente no ordenamento jurídico alemão, a transferência da propriedade opera através da entrega da coisa 929 do BGB, ao passo que no ordenamento jurídico português, vigora o *sistema de título* em que, por regra geral, opera por mero consenso das partes, artigo 406.º do C.C, vide, ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coimbra 1977.

⁴⁴ Entre eles ADRIANO VAZ SERRA, *Obrigações de Indemnizar terceiros*, Boletim do Ministério da Justiça, vol. 86. cit., pp. 103 e ss.

⁴⁵ Neste sentido, JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro*, cit., p.309.

1.2.2 REPRESENTAÇÃO INDIRETA

A, comissário age e compra uma coisa a B, por mandato e no interesse de C (comitente). Imaginemos que B, vendedor, entra em mora na entrega da mercadoria, ou não procede à entrega do bem, gerando uma obrigação de indemnização pelo não cumprimento da obrigação principal. A, comissário, não tem qualquer interesse próprio, porque age em nome de C comitente, detentor do interesse. Mas C, do ponto de vista jurídico, é alheio à relação jurídica, não tem qualquer vínculo contratual com B, ao qual se projetam os danos - pois o programa negocial é estipulado entre A e B. Em virtude do dogma do interesse do credor apenas A poderá exigir a reparação dos danos a B, e não C a B, detentor do interesse. Em geral, estas situações de *deslocação incidental da incidência patrimonial do dano* ocorrem em virtude da atuação negocial por conta de outrem, nomeadamente nas relações jus-mercantis entre comissários ou expedidores. Após este breve excursus, ainda que de forma perfunctória, podemos concluir que estamos perante uma deslocação incidental da incidência patrimonial de A para C⁴⁶.

1.2.3 GUARDA OU DEPÓSITO DA COISA

“Uma empresa em Hamburgo (credor) alugou um barco a um armador (terceiro) que necessitava de ser rebocado para outro local para começar a operar. O credor contratou com outra empresa (devedor) o reboque do barco. Por culpa do devedor, durante a operação de reboque, foram causados avultados danos no barco, propriedade do terceiro temporariamente sob a custódia do credor por força do aluguer”⁴⁷.

Esta será talvez a hipótese mais simples de todas as considerar: o terceiro, locador e proprietário da embarcação não detém pretensão contratual indemnizatória contra a empresa

⁴⁶ JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro*, cit., p.310. É de salientar que o comitente responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário cause a terceiro nos termos do artigo 500.º CC, ao passo que no ordenamento jurídico alemão a responsabilidade do comitente é subjetiva, § 831 do BGB, em que apenas se estabelece uma presunção de culpa, Vide, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Volume I, 10.ª edição, 2000, Almedina pp 638 e ss..

⁴⁷ Leading case retirado de *Contrato e Liquidação do Dano de terceiro...*, cit., FERNANDO OLIVEIRA DE SÁ, pp. 214-215.

rebocadora pelo facto de não ser parte no contrato detendo apenas uma ação delitual por violação do direito de propriedade.

Por seu turno, o locatário (empresa de Hamburgo) possui a faculdade de deduzir uma ação contratual contra a empresa rebocadora, mas falta-lhe o interesse para a liquidação do dano.

1.3 IMPORTÂNCIA PRÁTICO-NORMATIVA

Na verdade, o problema aqui exposto resulta na não coincidência entre a *eficácia jurídica* e a *eficácia social* da relação contratual. Neste sentido, a figura em questão coloca a descoberto a incompleta sobreposição entre os efeitos *normativo-negociais*, que nascem do exercício da autonomia da vontade das partes, e das consequências socioeconómicas que o acordo negocial projeta na comunidade jurídica-económica.

De facto, é de realçar a possibilidade que o terceiro em determinadas circunstâncias tem de recorrer a uma pretensão ressarcitória delitual, nos termos do artigo 483.º do CC – por uma eventual lesão de direitos absolutos, pela violação de normas de proteção, ou por eventual abuso de direito – conduzindo a um hipotético concurso de responsabilidades, quer aquiliana, quer a responsabilidade obrigacional.

Basta pensar no hipotético ressarcimento do dano moratório, da privação do uso ou de um qualquer outro dano patrimonial puro para concluirmos que as soluções propostas pela responsabilidade delitual são insuficientes, na maioria das hipóteses, para restabelecer o *status quo patrimonial in totum*, colocado em crise pelos danos experimentados por terceiro. Em coerência do que até aqui foi dito, a impositação do problema prende-se, a princípio, com o não ressarcimento delitual destes danos. Apesar de a ressarcibilidade destes danos não ser reprovada pelo nosso direito positivo⁴⁸, a mesma é privativa de situações em que ocorra a violação de uma norma de proteção de interesses alheios ou de abuso de direito, como em diante observaremos.

Tenha-se presente duas notas importantes neste ensejo: o dano patrimonial puro e o cotejo entre o princípio do dogma do interesse do credor e o princípio da relatividade dos contratos, que, no concerne a estes dois últimos, cabe definir e não confundir.

⁴⁸ JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, informações, recomendações e informações*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, p. 191.

Porém, na maioria das situações, o que está em causa circunscreve-se a um dano provocado pela violação de um direito de crédito, que não passará no crivo da ilicitude.

Partindo da aceção negativa, pode entender-se como danos puramente patrimoniais como aqueles danos que ocorrem sem que haja violação de uma posição subjetiva absolutamente protegida ou de interesse juridicamente protegido por uma disposição legal⁴⁹.

Ora, não observado o elenco restrito dos pressupostos da ilicitude, o dano não poderá ser imputado ao lesante em sede de responsabilidade delitual pelos contornos restritivos que o sistema imputacional apresenta. Neste sentido, fiéis aos tradicionais quadros dogmáticos da responsabilidade civil, somos compelidos a procurar soluções para fundar a pretensão ressarcitória do dano à margem do modelo de tutela da responsabilidade obrigacional.

Com efeito, podemos adiantar que o regime da responsabilidade civil obrigacional apresenta-se mais favorável aos interesses do terceiro, designadamente no que concerne ao ónus da prova, artigo 799.º do CC, à ressarcibilidade dos danos patrimoniais puros e ainda aos prazos prescrição.⁵⁰

O nicho problemático onde se insere esta questão situa-se, como *supra* exposto, na confluência com o princípio do dogma do interesse do credor que naturalmente deverá ser comparada com o princípio da relatividade contratual.

O quadrante dogmático onde se insere o problema exposto é o da problemática da eficácia do contrato e do princípio da relatividade do contrato, segundo o qual este apenas produz efeitos em relação às próprias partes, e só excepcionalmente, quando a lei, de forma expressa, o preveja em relação a terceiros (artigo 406.º, n.º2 do CC)⁵¹.

O princípio da relatividade contratual não é ferido na medida em que ele apenas se refere à relação de prestação⁵².

Nas palavras de PAULO DUARTE, “o princípio da relatividade do contrato nada tem a ver com o problema da eficácia externa das obrigações. Por um lado, trata-se de um princípio que respeita ao problema da delimitação dos sujeitos abrangidos pelos efeitos preceptivos (pela normatividade jurídico-negocial) do contrato e não ao problema, que é próprio da responsabilidade civil, da imputação de danos. Por outro lado, há obrigações que não têm no

⁴⁹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *In Liberdade vs. Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Almedina, 2006, pp. 86-94.

⁵⁰ No 2.º capítulo teremos oportunidade explicar a questão com maior profundidade.

⁵¹ MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p.349.

⁵² JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos*, cit. p.50, e NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, 2011, p.171.

contrato a sua fonte constitutiva (sem que isso impeça a sua eficácia externa, para quem a admita). Por fim, nem todos os contratos são fontes de obrigações, como sucede com os contratos reais quanto aos seus efeitos”⁵³.

E assim como conclui MARIA GRAÇA TRIGO “uma vez que ao lesado não é concedida uma pretensão direta contra o lesante, a liquidação do dano de terceiro não quebra, na verdade, o princípio de que só as partes no contrato podem extrair dele uma pretensão; quebra sim o princípio de só é de indemnizar o lesado pelos danos sofridos com a violação do seu direito de crédito.”⁵⁴

1.4 CONFRONTO COM FIGURAS AFINS

A construção dogmática em análise é tipicamente compartimentada sob a denominação de *intervenção de terceiros numa dada relação obrigacional*⁵⁵. À semelhança da liquidação do dano de terceiro, figura que nos propomos a indagar, agrupam-se, sob a égide da intervenção de terceiros numa dada relação obrigacional o *contrato com eficácia de proteção para terceiros, a cessão de créditos, o contrato a favor de terceiro* e ainda a *culpa in contrahendo*⁵⁶, assim como a *culpa post factum finitum*, que apesar de deterem estruturas operativas distintas derivam do mesmo ato ou facto jurídico, do contrato. Precisemos, o contrato de eficácia de proteção de terceiro e o contrato a favor de terceiro, que por apresentarem uma similitude bastante superior às restantes permite sopesar mais fortemente esta figura com a liquidação do dano de terceiro.

⁵³ PAULO DUARTE, *In Jurisprudência cooperativa comentada...*, cit., p. 488-490.

⁵⁴ MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil Delitual...*, cit., pp.182-183

⁵⁵ TIAGO AZEVEDO RAMALHO, *O Princípio da relatividade contratual e o contrato a favor de terceiro: da titularidade do direito à prestação por parte de terceiro*, Coimbra Editora, 2013, p. 35.

⁵⁶ TIAGO AZEVEDO RAMALHO, *O Princípio da Relatividade Contratual...* cit. p. 35.

1.4.1 CONTRATO DE EFICÁCIA COM PROTEÇÃO PARA TERCEIROS E CONTRATO A FAVOR DE TERCEIRO

Uma das questões que é atualmente suscitada pela dogmática prende-se com a possibilidade de o contrato ser considerado como um contrato com eficácia de proteção para terceiros, perdendo a liquidação do dano de terceiro a sua sustentação jurídico-dogmática. Apesar de imperar uma autêntica névoa na distinção das ditas figuras jurídicas como admite a doutrina maioritária, cujos limites são, *à priori*, indefiníveis traçaremos na medida do possível a sua distinção⁵⁷.

De comum trata-se de uma sobreposição de relações jurídicas as quais não têm um nexo de juridicidade entre si, apenas um comum interesse económico subjacente. Segundo JORGE MATTAMOUROS, “assentam no reconhecimento da frequente não coincidência entre os efeitos jurídicos das relações e interações entre as partes num contrato, e as consequências socioeconómicas do sucesso ou insucesso de um programa negocial”⁵⁸. Em virtude desta dissonância de efeitos jurídicos esbarramos com uma dificuldade acrescida: de um lado, no contrato de eficácia de proteção para terceiros existe um interesse, mas uma insuficiência nos meios de tutela a favor do terceiro lesado, do outro lado, na liquidação do dano de terceiro, verifica-se a situação inversa, é patente a existência de um meio de tutela ao dispor do credor, ao qual se verificam os pressupostos da responsabilidade civil, exceto o dano, que opera na esfera de um terceiro, mas falta-lhe o interesse em liquidar o dano que opera na esfera de um terceiro⁵⁹.

⁵⁷ Um dos primeiros critérios avançados pela doutrina para delimitar o âmbito de aplicação de ambas a figuras passa pela distinção entre danos pessoais e patrimoniais. Esta posição doutrinal advoga que os contratos de eficácia de proteção aplicam-se nas hipóteses em que estamos perante danos pessoais, hoje efetivamente superada. Neste sentido, Apud JOACHIM GERNHUBER, *Drittwirkung* p.270, em sentido oposto ERNEST VON CAEMMERER, *Vertrage*, p. 316 ss. Vide, FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Novas Tendências...*, pp. 228 ss. Um segundo critério avançado funda -se no conceito de deslocação do dano, em que estaríamos perante a figura da liquidação do dano de terceiro, por sua vez aplicaríamos a figura do contrato com eficácia de proteção para terceiros caso um terceiro fosse incluído no escopo contratual, gerando um aumento do risco, ideia que será adiante desenvolvida, in FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Novas Tendências...*, pp 228 ss.

⁵⁸ JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro no direito civil português*, RDFUP, 2006.pp. 313 e ss..

⁵⁹ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil...*, cit., pp. 97 ss.

Salvo melhor entendimento, julgamos que há uma verdadeira dissociação de interesses: uma vez que quem é o titular da liquidação do dano, que pretende que os danos sofridos sejam ressarcidos, não é titular de uma ação contratual para demandar o lesante, e quem é o titular de uma ação contratual (o credor), *à priori*, não detém interesse, porque o dano não se produz na sua esfera jurídica, mas na esfera patrimonial de terceiro.

O buslís do contrato com eficácia de proteção para terceiros⁶⁰ situa-se no pleno reconhecimento que determinados vínculos obrigacionais conferem a um terceiro, ao lado credor, alheio à relação contratual, um âmbito de proteção a cargo do devedor. Em virtude desse reconhecimento alarga-se objetiva e subjetivamente o domínio de responsabilidade do devedor – leia-se do lesante. Resultado da extensão objetiva e subjetiva do domínio de responsabilidade a virtuais lesados de uma conduta danosa, por parte do devedor, é conferido ao terceiro⁶¹ a faculdade de deduzir uma pretensão indemnizatória autónoma⁶². Neste sentido o lesante terá de indemnizar dois danos distintos: o dano que opera na esfera jurídica do credor e do terceiro, inserido no domínio de proteção contratual⁶³ ⁶⁴. Destarte, do contrato de eficácia de proteção para terceiros advém um aumento do risco⁶⁵.

Distingue-se, por sua vez, dos contratos a favor de terceiro, uma vez que não se estabelece nele deveres de prestar exigíveis por terceiro, considera-se, contudo, que o devedor fica contratualmente vinculado a um certo comportamento.⁶⁶ E, ainda, da figura da liquidação do

⁶⁰ Assenta no pleno reconhecimento de uma terceira via da responsabilidade civil, cujos requisitos da figura são os seguintes: “Proximidade em relação à prestação, em termos de se poder dizer que está dentro do âmbito do risco da prestação: interesse do credor na proteção de terceiro; cognoscibilidade do universo de terceiros protegidos.”, Vide, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança*. pp. 135 e ss. (108); a aplicação da figura toca nos importantes quadrantes da vida económica social atual como os danos provocados pelas agências de rating, Vide, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade civil das agências de notação de risco. Para uma construção dogmática da doutrina crítica* (www.fd.lisboa.ucp.pt/resources/documents/centro/MFC%20A%20Resposanbilidade%20Civil%20das%20Ag%20C3AAncias%20de205rating.pdf)

⁶¹ JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro...*, p.319 e ainda, segundo CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da Posição contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, p. 423 “este círculo de terceiros não deverá ser imprevisível e abrange aquelas pessoas que, segundo a natureza da prestação, estão numa forma em maior ou menor grau inevitável em contacto com ela, que estão de tal modo próximos do credor que este, em termos cognoscíveis pelo devedor...” e ainda MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*. cit., p.415, avança com alguns de critérios na seleção do conjunto de terceiros, para tal é necessário aferir o “âmbito do dever.” ...o tipo de contrato, o fim deste. A proximidade de terceiros relativamente ao núcleo de execução do contrato, o conhecimento que o devedor tem da presença de terceiros e, por fim uma ideia de confiança”.

⁶² “A pretensão indemnizatória resulta do incumprimento de deveres laterais de conduta e não em virtude do incumprimento de um dever de prestar – pois este existe apenas nos contratos a favor de terceiro.” Vide, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, pp. 135 e ss. (108).

⁶³ EDUARDO SANTOS JUNIOR, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, Coimbra, 2003, pp. 162

⁶⁴ JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do Dano de Terceiro...*, pp. 313 e 319.

⁶⁵ Vide, Apud WALTER BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter, der eine Richtungsveränderung der vertraglich geschuldeten leistung bezweckt , der Vertrag mit Schutzwirkung fur Dritte die vollig andere Funktion eines Haftungserweiterung hat..*” e Apud Ernst von CAEMMERER, *Vertrage* , vide FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Contrato e liquidação, in Novas Tendências...*, pp. 229 e ss..

⁶⁶ VIDE, CANEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...*, cit., p.136, nota de rodapé n.º108.

dano de terceiro: ao terceiro é dada a possibilidade de liquidar os danos que a si foram causados.

No que concerne à figura jurídica da liquidação do dano de terceiro, a sua distinção opera através do ponto nevrálgico, a partir do qual assenta a figura: o *conceito de transferência accidental da incidência patrimonial do dano*⁶⁷, uma vez que a um sujeito, ao qual se verificam todos os pressupostos da responsabilidade civil, exceto um dano, é atribuída a faculdade de obter o produto indemnizatório que deriva da posição do credor, fruto de um prejuízo que se desloca para a esfera jurídica patrimonial de terceiro. Ou seja, há uma efetiva deslocação subjetiva do dano, a ação indemnizatória é intentada pelo credor da relação ficando vinculado a transferir o produto indemnizatório ao terceiro. O ressarcimento dos danos é feito através da posição do credor. Há, portanto, uma plena ausência de uma pretensão direta do lesado contra o lesante, a ação é intentada pelo não lesado, leia-se credor da relação creditícia. Ao invés do que sucede no contrato de eficácia de proteção para terceiros: fruto de uma relação especial desenvolvida entre devedor e o terceiro, é aplicado o regime da responsabilidade contratual em pleno proveito do último sujeito referido. A este propósito é de salientar que, no instituto da liquidação do dano de terceiro, apenas há uma extensão subjetiva da responsabilidade do lesante que apenas deverá indemnizar um dano: o do terceiro.

Apesar da dogmática maioritária⁶⁸ preconizar como linha de distintiva o aumento do risco a cargo do devedor, que se verifica no contrato de eficácia de proteção de terceiros⁶⁹, por comparação à liquidação do dano de terceiro, consideramos, porém, que este aumento do risco é comum a ambas as figuras e deriva pura e simplesmente da inclusão de terceiro. Embora o dano, enquanto prejuízo ou lesão na esfera patrimonial de terceiro, seja qualitativamente e quantitativamente determinável e igualmente previsível na esfera do credor, daí a extensão objetiva e subjetiva da responsabilidade do devedor face ao terceiro,

⁶⁷ Similitude de conceitos: conceito de deslocação do dano teorizado por Target, alvo de posterior desenvolvimento conceito desenvolvido por JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro...*, cit.p.314

⁶⁸ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil...*, cit. p. 100, “o facto de se permitir ao credor a liquidação do dano de terceiro não eleva ou multiplica o risco de indemnizar para aquele”. Mais à frente admite que “pelo menos quando o dano de terceiro coincide no essencial com o dano esperável na contraparte do contrato”.

⁶⁹ Nas palavras de REINHARD DAMM, falar em aumento de responsabilidade ou em conhecimento da eficácia de proteção do contrato para terceiros é falar de uma mesma realidade material, apud, Vide, JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro*, cit., pp. 304 e ss.

este apenas é qualitativamente previsível na esfera do credor na liquidação do dano de terceiro, através de um critério de previsibilidade⁷⁰: quantitativamente o dano produz refrações distintas dependendo do prisma do qual se vislumbra o mesmo do credor ou do terceiro, sendo o último o verdadeiro lesado⁷¹.

Esse aumento do risco⁷², corresponderá à diferença quantitativa entre o mesmo dano aferido entre a esfera patrimonial de credor e de terceiro. Porém, este risco inerente de deslocação do dano não aumenta o domínio de responsabilidade do devedor, apenas impele à criação de novos e autónomos deveres face a terceiros cumulados com os deveres primitivos estabelecidos com o credor⁷³.

Em suma, liquidação do dano de terceiro, enquanto proposta dogmático-normativa, responde às situações em que se verifica uma deslocação incidental da incidência patrimonial do dano, às quais o contrato de eficácia de terceiros permanece alheio⁷⁴ pela exigência da previsão de um terceiro afeto à relação obrigacional complexa.

⁷⁰ JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro*, cit., pp. 316 e ss.

⁷¹ Questão que será alvo de escrutínio no ponto deslocação do dano.

⁷² O risco corresponde a uma desvantagem patrimonial⁷² cargo de sujeito de direito pela perda ou deterioração fortuitas de um determinado bem.” Vide, JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro*, cit. pp. 314 e ss..

⁷³ FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Novas Tendências...*, cit. pp. 230 e ss.

⁷⁴ FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Novas Tendências...*, cit. pp. 230 e ss., p. 232, o autor aponta como mácula da figura a incapacidade da mesma para resolver hipóteses como a celebração de uma cláusula penal e o ressarcimento dos lucros cessantes, a eficácia de cláusulas limitativas de responsabilidade previstas entre o lesante (devedor) e o credor.

CAPÍTULO II

II. A ORIGEM DO PROBLEMA

No capítulo precedente procurou-se esboçar a figura da liquidação do dano de terceiro, a sua índole e os domínios de aplicação enquanto proposta dogmático-prática. No presente capítulo, analisemos as limitações prático-dogmáticas que o figurino enfrenta na sua hipotética inserção no domínio da responsabilidade civil.

Tendo sempre como horizonte o ressarcimento do dano experimentado por terceiro, no presente capítulo indaguemos, em particular, o ressarcimento do direito de crédito do terceiro. Sendo certo que a eventual violação de um direito subjetivo absoluto é tutelada pelo sistema delitual, não menos seguro é de afirmar que na maioria dos eventos danosos experimentados pelo terceiro o que está verdadeiramente em causa é uma perda patrimonial sem que tenha existido prévia violação de um direito subjetivo absolutamente protegido⁷⁵.

Dito de outro modo, estando em causa a violação de um direito de crédito, indaguemos sobre a potencial ressarcibilidade dos danos puramente patrimoniais em sede de responsabilidade delitual. Nas palavras de ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “perguntar pelo núcleo dos danos puramente económicos indemnizáveis, é dar resposta aos limites da responsabilidade civil e ao modo como se inserem num sistema coerente”⁷⁶. De facto, perguntar em que sede os danos puramente patrimoniais são ressarcidos implica dissecar as fronteiras dos quadros tradicionais da responsabilidade civil. No mais, o ponto nevrálgico do tema coloca-se no recorte funcional dado à ilicitude com a demarcação normativa do termo *dos direitos de outrem* patente na cláusula paradigmática do 483.º do CC.

De facto, o nicho problemático dos danos puramente patrimoniais, e a sua eventual ressarcibilidade resume-se à opção do legislador quanto aos quadros normativos adotados pelo princípio geral de imputação dos danos.

⁷⁵ JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, informações*, Coimbra, Almedina, 1989 pp. 187 e MARIA JOÃO SARMENTO PESTANA DE VASCONCELOS, *Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual dos danos puramente patrimoniais*, in *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, Almedina, Ano, p. 149.

⁷⁶ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Os danos puramente económicos nos sistemas da common law-I*, in Estudos de Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço Vol. II, Almedina, Coimbra, 2002 pp 107-108. E igualmente citado por MARIA JOÃO SARMENTO DE PESTANA DE VASCONCELOS, *Algumas questões sobre a Ressarcibilidade Delitual dos Danos puramente patrimoniais*, *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, Almedina, Ano, p. 148.

Em suma, o problema coloca-se nos trechos normativo-legais ressarcitórios em que a ilicitude surge como pressuposto autónomo no quadro da imputação dos danos e com conceito de ressarcimento circunscrito aos direitos absolutos na primeira modalidade da ilicitude.

Como adverte MAFALDA MIRANDA BARBOSA “quando o legislador não autonomize a ilicitude como pressuposto da responsabilidade civil a questão de saber se a ofensa às posições meramente patrimoniais poderá lugar à obrigação de indemnizar nem se coloca”⁷⁷. Assim, no breve excuro a que nos propomos calcorrear, analisemos as linhas de demarcação entre os tradicionais quadros de distinção entre responsabilidade civil contratual e da responsabilidade civil extracontratual. Analisadas as diferenças, avancemos para o estudo cláusula geral de responsabilidade, analisando ao detalhe a ilicitude extracontratual, e do efeito externo das obrigações para que munidos dos conceitos basilares da ciência jurídica que aqui curamos, possamos analisar o problema do preenchimento da responsabilidade na liquidação do dano de terceiro.

⁷⁷ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. Responsabilidade...*, cit., pp. 55- 60 e 76-94.

2.1 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

Suscitando o nosso tema a questão da ressarcibilidade dos danos puramente patrimoniais, e a eventual responsabilidade de terceiros na execução da prestação principal ou acessória (artigos 500.º e 800.º do CC), observamos que a mesma colide com a delimitação dos tradicionais quadros da responsabilidade civil: a *responsabilidade civil contratual/obrigacional ou negocial* e a *responsabilidade civil aquiliana, extracontratual ou delitual* e, ainda, para quem o defenda a criação de um *tertium genus* da responsabilidade civil.

Deste modo, sentimos a premência em tecer algumas considerações a este propósito. O problema coloca-se ainda em aferir, no caso concreto, o trecho normativo da responsabilidade civil a mobilizar pela aplicação única ou cumulada das seguintes premissas: “caráter negocial ou não da fonte do dever de indemnizar em causa, o caráter relativo ou absoluto do direito violado “e da “pré-existência de uma relação jurídica entre o lesado e o lesante”⁷⁸.

Sendo certo que a querela provém do século XIX e ainda hodiernamente a questão não está isenta de discussão, poder-se-á afirmar que o princípio geral da imputação dos danos ou prejuízos experimentados assenta numa visão dualista dos quadros dogmáticos da responsabilidade.

Fiéis a uma visão dualista da responsabilidade, predominante na doutrina, por contraposição de uma visão monista do instituto, ainda que minoritária, que aqui calcorreamos, podemos afirmar que a responsabilidade contratual, disciplinada nos artigos 798.º e ss., provém da violação de uma obrigação em sentido técnico⁷⁹ (artigo 397.º do CC).

Afirmemos que a responsabilidade contratual se pauta pela *tutela e* (pelo estrito cumprimento⁸⁰) *das expetativas ligadas à prestação*⁸¹, resultante de uma relação creditícia estabelecida por dois sujeitos: credor e devedor. Sendo certo que a própria locução é alvo de divergências, uma vez que a obrigação de indemnizar⁸² pode nascer da lei, do negócio

⁷⁸ PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por atos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, RFDUL, ano XXXVII (1996), p. 174.

⁷⁹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de responsabilidade Civil*, cit., p.14.

⁸⁰ Artigos 804.º e 806.º do Código Civil – nas situações em que o credor mantenha o interesse no cumprimento da obrigação e a sua execução seja possível.

⁸¹ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, p.124.

⁸² Enquanto sucedâneo do dever de prestar por incumprimento *tout court* ou cumprimento defeituoso, como dispõem os artigos 801.º, 802.º e 808.º do Código Civil.

jurídico unilateral, não menos seguro é de afirmar que ela provém do incumprimento: o seu *modus operandi* emerge e opera no seio da *auto-vinculação contratual*⁸³ pela inobservância do princípio *pacta sunt servanda* consubstanciado no atraso no cumprimento (pela mora), pelo cumprimento defeituoso ou até pelo seu não cumprimento *strictu sensu*.

O regime assenta na autonomia da vontade das partes no uso da qual as partes plasmaram um conjunto de direitos e obrigações de natureza creditícia. De facto, a responsabilidade obrigacional nasce pela inobservância de um dever de prestação principal ou acessório e os seus efeitos cominatórios irradiam apenas *inter partes*.

Por seu turno, a responsabilidade extracontratual, disposta nos artigos 483.º e ss. do CC resulta da violação de um dever geral de abstenção, ou de conduta, afeto a direitos dotados de uma eficácia *erga omnes* – reconhecidos como direitos absolutos, no qual se incluem os direitos reais, os direitos de personalidade e os direitos de propriedade intelectual e industrial ou ainda de preceitos que tutelem interesses alheios, como se observa nas normas de proteção. No mais, a imputação delitual dos danos oscila pendularmente entre a liberdade individual positivamente conformada dos agentes económicos e a premência em tutelar os bens jurídicos da *pessoa e propriedade*. Neste balançar ritmado do polo do *sunn* e do *commune*⁸⁴ conjuga-se a liberdade individual e a atuação dos agentes na relação do *eu* para com o *outro* nas mais diversas matizes que a vida em sociedade comunica ao sistema jurídico, sendo certo que, no tema que nos ocupa, a vida económica assume suma importância.

Dir-se-á que, *prima facie*, a distinção resulta da natureza dos direitos tutelados: de um lado, os direitos relativos inoponíveis a terceiros que chamam apenas o devedor a ressarcir os danos causados ao credor - o que se observa na responsabilidade contratual - do outro lado, tutela-se os bens jurídicos reconhecidos pelo ordenamento como direitos absolutos, como tal, oponíveis *erga omnes* abarcados no domínio da responsabilidade delitual.

No mais, a obrigação de indemnizar brota de fontes distintas⁸⁵: se de um lado temos um evento lesivo experimentado pela *quebra da disciplina contratual*, o lesante encontra-se, *à priori*, identificado e individualizado: é o devedor da primitiva relação creditícia. Para

⁸³ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Editora Principia, p. 405.

⁸⁴ AROSO LINHARES, *In Sumários Desenvolvidos do Curso de Introdução ao Direito de 2012/2013*, p. 6-10.

⁸⁵ Seguimos a proposta de Mafalda Miranda Barbosa, *Lições de Responsabilidade Civil*, Editora Principia, pp. 16 e ss..

chegarmos ao dever de indemnizar há que calcorrear um trilho que se inicia pela interpelação do devedor, passando depois a cominação de um prazo admonitório ou o desinteresse objetivo superveniente e aí chegados temos como ponto de chegada a constituição do dever de indemnizar⁸⁶.

Por seu turno, na responsabilidade delitual, o *iter* na busca do potencial lesante é distinto. Cabe ao terceiro imparcial identificar o agente, o facto perpetrado e preencher os demais pressupostos, condenando-o a suportar o dano experimentado pelo lesado⁸⁷, construindo desde o evento danoso até ao aresto uma relação jurídico-indemnizatória entre o agente e o lesado.

Dir-se-á, assim, nas palavras de CARNEIRO DA FRADA, “que o *iter* a percorrer para a definição do *Tabestand* da responsabilidade e para a imputação do dano a uma esfera jurídica alheia é, portanto bem diferente nos dois sectores”⁸⁸ que aqui curamos.

No plano funcional, tocamos no cerne de discussão entre o monismo e a dualidade do paradigma da responsabilidade civil.⁸⁹

Se ao nível da responsabilidade obrigacional - no seio de um quadro complexo da obrigação - se procura sanar o interesse do credor através da atribuição ao credor de um *quantum* indemnizatório, não é menos seguro afirmar que ao nível da responsabilidade civil extracontratual ou delitual visa-se a tutela de direitos absolutos a quem o ordenamento jurídico confere uma eficácia *erga omnes*. Até aqui, nada de novo se acrescenta.

Ao nível funcional a questão centra-se, acima de tudo, na identidade normativa do direito de crédito não cumprido e o conseqüente dever de indemnizar que se configura na velha questão da modificação objetiva da relação jurídica.

Nas palavras de MOTA PINTO: “o direito do credor a ser indemnizado traduz-se num prolongamento ou continuação do crédito infringido”⁹⁰. Segundo a posição do Autor, na qual nos revemos, *a identidade jurídica dos deveres* merece do direito o mesmo tratamento

⁸⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito Civil*, Vol. VIII, *Direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*, 2.^a Reimpressão da 1.^a Edição do tomo III da parte II de 2010, Almedina, 2016, p.391.

⁸⁷ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 125.

⁸⁸ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 125.

⁸⁹ Seguimos de perto a exposição de Mafalda Miranda Barbosa, *Lições de responsabilidade civil...*, p.16-19.

⁹⁰ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Almedina 2003, pp. 426 e ss..

jurídico, no que diz respeito à manutenção de garantias reais ou pessoais, na continuação do mesmo prazo de prescrição e a oponibilidade das mesmas exceções⁹¹.

Se por um lado, os defensores de uma visão monista, na qual nos revemos, sufragam o entendimento que a prestação não cumprida sofre uma mutação, transformando-se ou transmutando-se num dever de indemnizar⁹², na qual se reveem MOTA PINTO⁹³, GUILHERME MOREIRA, ANTUNES VARELA, SINDE MONTEIRO⁹⁴, ALMEIDA COSTA⁹⁵, GALVÃO TELLES⁹⁶ um sector minoritário da doutrina propende para a autonomização dos dois deveres como GOMES DA SILVA, PESSOA JORGE, CARNEIRO DA FRADA, PAULO CUNHA⁹⁷ e ROMANO MARTINEZ⁹⁸.

De um lado, GOMES DA SILVA, afirma que os direitos emergentes do contrato⁹⁹ o dever de prestar e o dever de indemnizar *são completa e radicalmente distintos*, não só na sua origem, como no objeto e no fim¹⁰⁰.

No mesmo sentido, pela diferenciação de deveres, CARNEIRO DA FRADA¹⁰¹ sustenta que o contrato é o *“fundamento material da prestação efetivamente prometida”*¹⁰² ao passo que a responsabilidade que *“atinge o faltoso como sanção predisposta pelo ordenamento não pode ser reconduzida a um ato de vontade daquele*, conclui assim que: *dever de prestar e dever de indemnizar exprimiriam deste modo o antagonismo direto entre autonomia (prestação livremente convencionada pelas partes) e heteronomia (estipulação legal).*”¹⁰³

⁹¹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Almedina 2003, p. 427.

⁹² GUILHERME MOREIRA, *Instituições de direito civil*, Vol. I. Coimbra, 1925 p. 590., GALVÃO TELLES, *Manual de Direito das Obrigações I*, 2.^a Edição, pp. 65 e 213, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, p. 490, MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, p. 426.

⁹³ CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Coimbra, 1982, pp.426 e ss.

⁹⁴ JORGE SINDE MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983, pp. 8-9.

⁹⁵ ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 10.^a Edição, Coimbra, 2006, pp.493 e ss.

⁹⁶ GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, 7.^a Edição, Coimbra 1997, pp. 58 e 211 e ss.

⁹⁷ PAULO CUNHA, *Direito das obrigações* (apontamento por Margarida Pimentel Saraiva, Vol. II, Lisboa 1938.1939 pp. 239-240.

⁹⁸ ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações – Apontamentos*, 2.^a Edição, Lisboa, 2004, pp. 86 e ss.

⁹⁹ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Separata do Vol. XXXVIII do Suplemento ao Boletim da faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 226. Como comenta Mafalda Miranda Barbosa, e passando a citar *“a questão encontra-se na diferente causa de atribuição patrimonial. O dever de indemnizar “representa uma sanção do ordenamento jurídico destinada a reparar o dano da violação da especial relação patrimonial entre dois sujeitos instituída pelo contrato.”* Lições de Responsabilidade Civil, nota de rodapé n.º 11, p. 16.

¹⁰⁰ GOMES DA SILVA, *Dever de Prestar e Dever de Indemnizar*, p. 352, e FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Almedina, Reimpressão, Coimbra, 1999, p. 45.

¹⁰¹ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção...*, cit., pp. 94 -118 e 226. Ss..

¹⁰² MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção...*, cit., pp. 94 -118 e 226. Ss..

¹⁰³ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção...*, cit., pp. 94 -118 e 226. Ss..

Sob um prisma mais moderado, PESSOA JORGE reconhece que entre o dever de prestar e o dever de indemnizar estabelece-se uma relativa autonomia.¹⁰⁴ Neste sentido, o Autor refere que os seus objetos são distintos: a indemnização não corresponde ao valor da prestação pois afere-se pelos prejuízos efetivos, que podem ser inferiores ou superiores ao valor da prestação¹⁰⁵. Continua nesta asserção, invocando para o efeito *o quantum indemnizatório* relativo ao dano moratório: o dever de prestar subsiste e a ele acresce o dever de indemnizar¹⁰⁶. Pelo que no sentido explanado pelo Autor, não haverá uma similaridade exata entre os dois deveres.

O Autor remata ainda a sua argumentação com natureza e índole do direito de crédito: *“tem carácter estritamente pessoal e por isso caduca com a morte do credor, se, em vida deste, o devedor não cumpriu e incorreu em responsabilidade civil, o crédito à indemnização perde esse carácter pessoal e transmite-se aos herdeiros”*¹⁰⁷.

Neste breve excursão, seguimos de perto a contra-argumentação certa de MAFALDA MIRANDA BARBOSA: sendo certo que os argumentos usados por PESSOA JORGE são válidos, não menos seguro será de afirmar que os mesmos se rendem a considerações puramente lógico-formais^{108 109}.

Em primeiro lugar, PESSOA JORGE reconhece que o fim a que os deveres se auto propõem é comum: ambos visam a satisfação do interesse do credor. Ora na responsabilidade contratual, pautada e fundada pela autonomia da vontade, as partes podem estabelecer uma cláusula penal indemnizatória¹¹⁰ enquanto sucedâneo do dever de prestar.

Trata-se, com efeito, de as partes estipularem, no seio da economia contratual, montantes indemnizatórios que se sucedem diretamente ao dever de prestar em todas as suas refrações ou matizes.

¹⁰⁴FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Reimpressão, Almedina, 1999, p. 45.

¹⁰⁵ FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*,...p. 45.

¹⁰⁶ FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*,...p. 45.

¹⁰⁷ FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*,...p. 46.

¹⁰⁸ CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Cessão...*, cit., p. 428.

¹⁰⁹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade civil*,...p. 18.

¹¹⁰ No que concerne à função cláusula penal em sentido estrito, vemo-la como substituto integral da prestação na satisfação do interesse do credor. Para uma análise detalhada da cláusula penal veja-se “Cláusula Penal e indemnização”, de António Pinto Monteiro, Almedina, 1999.

Ao nível axiológico, a responsabilidade extracontratual é estreitada pela ideia de liberdade e risco, ao passo que a responsabilidade contratual se encontra assente numa conceção de confiança, sustentada no princípio da boa-fé¹¹¹.

Intelegidas as diferenças dogmáticas, debruçemo-nos, de ora em diante, sobre as diferenças de regime entre os dois quadros tradicionais de responsabilidade civil¹¹².

O artigo 487.º do CC consagra a regra de distribuição do ónus da culpa no que concerne à responsabilidade extracontratual e, igualmente, em linha com o regime resultante dos artigos 342.º e 344.º do CC: é ao lesado que incumbe o ónus de provar a culpa do autor da lesão¹¹³. Por seu turno, o artigo 799.º do CC consagra uma presunção de culpa do devedor no não cumprimento da obrigação cabendo, pois, ao credor da relação obrigacional primitiva o ónus de ilidir a presunção de culpa que sobre si impende¹¹⁴.

Apesar desta diferença, a aferição da culpa do agente comunga do mesmo critério: a diligência do *bonus pater familias* (artigos 487.º, n.º 2 e 799.º n.º2 do CC) sendo culpa apreciada *in abstracto*¹¹⁵. Ressalve-se ainda que esta diferença é mitigada, no domínio extracontratual, pela consagração de presunções de culpa nos termos dos artigos 491.º, 492.º n.º1, 493.º e 503.º do CC.

No que diz respeito à pluralidade obrigacional, dispõe o 497.º do CC que a obrigação de indemnizar é solidária entre os corresponsáveis do evento danoso – responsabilidade

¹¹¹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*,...,p. 19.

¹¹² FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, 1968, reimpressão 1995, pp. 40-41. Reduz a 3 diferenças: Presunção de culpa na responsabilidade contratual, e não na responsabilidade delitual. Contudo, na última destaca as pontuais consagrações de responsabilidade (artigos 491.º e ss.); pluralidade obrigacional passiva e ainda as diferenças relativas ao foro territorial e de conflito espacial.

¹¹³ ANA PRATA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Artigos 1.º a 1250.º, 2ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, 2019, p.669.

¹¹⁴ ANA PRATA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Artigos 1.º a 1250.º, 2ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, 2019, p.1033.

¹¹⁵ Se a questão não era líquida, ecoando vozes discordantes, após a entrada em vigor do Código Civil de 1966 a questão foi sanada. A. VAZ SERRA, In Responsabilidade contratual e Responsabilidade extracontratual, Boletim do Ministério da Justiça n.º 85, Abril de 1959, p. 128. Refere o Autor “ *em defesa do critério da apreciação da culpa in abstracto, alega-se que só ele permite chegar a conclusões seguras, pois, se devesse olhar-se a culpa in concreto, teria que se atender às circunstâncias pessoais do agente, variáveis de pessoa para pessoa, o que levaria o tribunal para investigações de resultado extremamente difícil, senão impossível de obter; por outro lado, na responsabilidade extracontratual, colocaria o prejudicado na dependência de circunstâncias pessoais do agente (apesar de o não ter escolhido), dificultando-se, assim, a reparação do dano.* JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., p. 575.

extracontratual, por contraponto vigora a regra da conjunção obrigacional no âmbito da responsabilidade contratual¹¹⁶ (artigo 513.º do CC).

Porém, se em face do facto danoso, concorrerem de um lado um agente contratualmente e do outro extracontratualmente, é igualmente admissível o regime da solidariedade obrigacional.¹¹⁷

Nos termos do artigo 494.º do CC, é apenas prevista para o âmbito da responsabilidade extracontratual uma redução equitativa da indemnização nos casos de mera culpa do lesante. Sob os moldes de aferição da capacidade do sujeito chamamos à colação os artigos 123.º, 127.º, 133.º, 139.º e 153.º do CC e o 488.º CC – (incapacidade *vs.* inimputabilidade). Incorre em responsabilidade contratual aquele que tiver capacidade jurídica, uma vez que esta se consubstancia na capacidade de exercício manifestada na possibilidade de o sujeito praticar pessoal e livremente atos jurídicos¹¹⁸, aqui dirigida à celebração de um contrato, ao passo que, para definirmos os sujeitos chamados a responder aos factos ilícitos e culposos somos compelidos a mobilizar o conceito de inimputabilidade. Dir-se-á imputável aquele sujeito que no momento em prática do facto, positivo ou omissivo, tenha discernimento necessário (elemento psicológico) de o entender e prever as suas refrações, e disponha de auto determinação (elemento volitivo)¹¹⁹.

Já no que toca ao prazo prescricional, o cotejo entre o disposto no 498.º do CC e do 309.º do CC informa-nos que vigora um prazo de 3 anos, para os factos preenchedores e fundamentadores da responsabilidade civil extracontratual e um prazo ordinário de 20 anos (artigo 309.º do CC) para o incumprimento contratual *lato sensu*. Ainda no domínio contratual são definidos prazos especiais de 5 e 2 anos (artigos 310.º e 317.º do CC) ou de seis meses (artigo 316.º do CC) dependendo do objeto da relação obrigacional.

Relativamente ao problema da aplicação da lei no espaço, o tribunal territorialmente competente para apreciar e julgar ações provenientes do não cumprimento das obrigações contratualmente assumidas é o domicílio do réu ou, quando estipulada contratualmente, o lugar do cumprimento da obrigação. Se a causa de pedir for sustentada na violação da

¹¹⁶ Como adverte Mafalda Miranda Barbosa, se estivermos perante o domínio do direito comercial, a responsabilidade obrigacional é solidária e não conjuntiva, *Lições da responsabilidade civil*, cit. p. 15 nota de rodapé n.º 7,

¹¹⁷ A.VAZ SERRA, *Responsabilidade contratual e responsabilidade civil extracontratual*, Boletim do Ministério da Justiça n.º 85, Abril de 1959, pp. 89-90.

¹¹⁸ ANTÓNIO KATCHI, *Dicionário da parte geral do código civil português*, 3.ª Edição Almedina, 2013, p.20.

¹¹⁹ ANA PRATA, *código civil anotado*, Anotação ao artigo 488.º do Código Civil, Almedina..., p. 670-671.

ordenação geral de bens absolutos ou interesses protegidos o tribunal territorialmente competente será o da Comarca onde se tenha dado o facto ilícito e culposo (Artigo 74.º do CPC).

Os danos patrimoniais puros são indemnizáveis em sede contratual sendo a sua ressarcibilidade estreitada, em sede extracontratual, se o agente tiver violado uma norma de proteção ou agido com abuso de direito (artigos 483.º, n.º 1, 2ª parte, e 334.º do CC). Desta forma, ainda em sede delitual, fica excluída a sua ressarcibilidade quando sejam violadas posições absolutamente protegidas – “direitos de outrem” – 1ª parte, do n.º 1, do artigo 483.º do CC.

A responsabilidade contratual concede aos sujeitos contratuais, em resultado da autonomia da vontade das partes, limitar ou até excluir a sua responsabilidade, nos termos do artigo 809.º do CC.

No que concerne à aplicação da lei no espaço, em que o evento danoso ocorra em situações plurilocalizadas a responsabilidade delitual é regulada pelos artigos 4.º e seguintes do Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, denominado por Regulamento Roma II, e subsidiariamente pela norma de conflitos constante no artigo 45.º do CC. No âmbito contratual a determinação da lei aplicável faz-se em referência ao Regulamento Roma I – Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, e ainda subsidiariamente o artigo 41.º do CC.

Quanto à responsabilidade por auxiliares, a responsabilidade contratual, regida pelo disposto no artigo 800.º, n.º 1 do CC, diz-nos que o devedor é plenamente responsável pelos atos dos seus representantes legais e auxiliares, enquanto que na responsabilidade delitual, temos o regime do comitente/comissário, artigo 500.º do CC: o comitente só responde se sobre o comissário recair também a obrigação de indemnizar¹²⁰.

Destrinçadas as diferenças de regime, o Código Civil estabelece um regime comum aos dois quadros normativos da responsabilidade, quanto ao cálculo da indemnização, à indemnização dos danos não patrimoniais, e ainda a aferição dos danos indemnizáveis.

¹²⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *In Tratado de direito civil, Vol. VIII, direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa e responsabilidade Civil*, 2.ª reimpressão da 1.ª Edição do tomo III da parte II de 2010, Almedina, 2016, p. 394.

Traçadas as linhas de inteligibilidade dos dois quadros de imputação dos danos, verifica-se, *grosso modo*, que o arquétipo contratual é o regime imputacional mais favorável ao lesado, colocando-o numa posição mais favorável ao que o mesmo se encontra em sede delitual.

Porém, antes de tecermos comentários, cabe-nos ainda abordar a proposta dogmática do *tertium genus* da responsabilidade civil.

Se é certo que o evento prejudicial experimentado por terceiro pode preencher e, por conseguinte, mobilizar os dois quadros de responsabilidade civil, como anteriormente expusemos, não menos seguro é de afirmar que há determinados eventos danosos experimentados pelo terceiro, em que este se encontra inibido de mobilizar um dos quadros: ou porque o evento danoso não periga a lesão de um direito absoluto ou, ainda, não constitui uma violação de uma obrigação em sentido técnico, uma vez que não há uma relação obrigacional gizada entre o terceiro-lesado e o agente prevaricador, devedor na relação obrigacional primitiva.

É sob este circunstancialismo, entre o *delito e o contrato* que o dano emerge e para o qual os autores propõem uma terceira via da responsabilidade civil¹²¹.

Entre a dogmática portuguesa, a proposta encontra adeptos dos quais se destacam SINDE MONTEIRO¹²², CARNEIRO DA FRADA¹²³ e BAPTISTA MACHADO¹²⁴. Por seu turno, MENEZES CORDEIRO declina a proposta da terceira via apelidando-a como *paracontratualidade*. Porém, considera-a como útil e vantajosa no quadro da violação dos deveres do tráfico¹²⁵.

Porém, seguimos a linha argumentativa de MAFALDA MIRANDA BARBOSA “o direito na sua realização concreta, é marcado por uma racionalidade que, não perdendo o sustentáculo axiológico, apresenta um pendor analógico”¹²⁶.

¹²¹ Para esta proposta – terceira via da responsabilidade – são reconduzidas as situações de “*responsabilidade pré-contratual* – “*culpa in contrahendo*”, a *responsabilidade pela confiança*. A *responsabilidade pela violação de deveres decorrentes da boa-fé*, a *responsabilidade pós-contratual*. A *responsabilidade do gestor de negócio*, a *responsabilidade nas obrigações nascidas de quase contratos* e a *responsabilidade no quadro dos contratos com eficácia de proteção para terceiros*”, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições ...*, cit., p.22 e ss.

¹²² JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...*, cit., p.514 e ss.

¹²³ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e da responsabilidade civil*, cit., pp. 757 e ss. e ainda *Uma “terceira via” no Direito da responsabilidade civil? /o problema da imputação dos danos causados a terceiros pelos auditores das sociedades*, 1997, pp. 85 e ss. E pela inutilidade da figura veja-se MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, cit., p.540-541.

¹²⁴ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*, em *Obra dispersa*, 1991, pp. 345-423.

¹²⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, cit., pp. 400-403. Advoga o autor que a reforma do BGB de 2002, pela consagração do novo 311/II veio explicitar a existência de uma relação obrigacional aquando de negociações iniciais e de contratos semelhantes aos negociais.”

¹²⁶ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit. p. 23.

Dito de outro modo, sempre que estamos perante uma hipótese prática, sem um trecho normativo que a regule, devemos indagar um regime que assimile a sua intencionalidade problemática¹²⁷.

E a Autora continua “ora parece que em muitos dos casos apontados pela doutrina como hipóteses de situações integradas na terceira via de responsabilidade civil podem ser ainda ser reconduzidas ao âmbito contratual”¹²⁸.

Na verdade, as hipóteses que a realidade comunica ao sistema jurídico e que colocam o jurista na busca incessante de uma solução, demonstram uma similitude bastante que esbate as diferenças existentes.

Assim, e em linha com as propostas de MAFALDA MIRANDA BARBOSA e MENEZES CORDEIRO, estamos em crer que as linhas mestras fornecidas pelo trecho normativo regulativo da responsabilidade obrigacional (artigo 798.º e ss.) é suficientemente capaz de responder aos interesses e aos valores subjacentes ao ressarcimento do dano de terceiro.

Ao determo-nos sobre um tema – a liquidação do dano de terceiro – que demonstra uma especial ligação com a distinção dos quadros dogmáticos da responsabilidade civil, no qual compreende-se, igualmente a necessidade de tocar no problema do hipotético concurso de responsabilidades.

Não em raras situações, como as que foram demonstradas, o evento danoso experimentado pelo terceiro suscita um verdadeiro concurso de responsabilidades. Dito de outro modo, o evento danoso experimentado pelo terceiro preenche simultaneamente os pressupostos da responsabilidade obrigacional, pela violação de uma obrigação em sentido técnico, e os da responsabilidade delitual pela violação de uma obrigação passiva universal.

Tendo subjacente esta intencionalidade problemática, afigura-se-nos de elementar necessidade expor as principais coordenadas sistemático-dogmáticas na assunção do concurso da responsabilidade.

Essencialmente, são propostos dois sistemas: o sistema do não cúmulo de responsabilidade e o sistema do concurso de pretensões que, por sua vez, possui algumas variantes.

Começemos pelo primeiro: de tradição francesa, o sistema do não cúmulo de responsabilidades, a responsabilidade obrigacional assumiria carácter cimeiro na resolução dos casos de responsabilidade civil pelo seu carácter e regime especiais. Dir-se-á, em

¹²⁷ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit. p. 23.

¹²⁸ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit. pp. 23 e ss.

obediência ao princípio da consunção, a factualidade preenchedora da responsabilidade obrigacional absorveria a factualidade preenchedora da responsabilidade delitual e aí seria aplicada *in totum*¹²⁹.

Por sua vez, *o sistema de concurso de pretensões*, nas suas diversas refrações, admite que o lesado mobilize, de ambos os quadros tradicionais de responsabilidade, todas os trechos normativos potencialmente aplicáveis ao caso concreto. De inspiração alemã, o sistema do concurso de pretensões desdobra-se em três posições¹³⁰: o i) que permite ao lesado seleccionar e mobilizar o quadro normativo da responsabilidade que lhe é mais favorável, optando para o efeito se mobiliza o regime da responsabilidade contratual ou o regime da responsabilidade delitual, a este modelo denominamos por tese da opção¹³¹; o ii) que se denomina por tese da combinação: o lesado conjuga normas dos domínios da responsabilidade; e, por último, iii) ao lesado é dada a possibilidade de mover duas pretensões indemnizatórias autónomas, uma de responsabilidade contratual e outra de responsabilidade extracontratual.

¹²⁹ MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual...*, cit., pp. 24 e 25. No Direito pátrio, o regime da consunção tem como principal precursor ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...*, pp. 455, e ss e 548, e ainda MENEZES CORDEIRO, *Da boa – fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 639, Apud MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, – *Direito das obrigações*, 12.ª edição, Coimbra Almedina 2009, pp. 455 e ss., MAFALDA, MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit., p. 20, nota de rodapé n.º 21, “Almeida Costa (...) critica aquilo que designa por “acção híbrida” bem como a teoria da opção considerando que os casos em tratamento configuram hipóteses de concurso aparente de normas, já que há apenas uma conduta ilícita a merecer uma só indemnização. Haveria, então, que optar por um dos regimes positivos, tendo em conta teleologia subjacente aos dois institutos. E nessa opção, a responsabilidade contratual, tendo em atenção o primado da autonomia privada que vigora ao nível obrigacional, consome a responsabilidade extracontratual.

¹³⁰ MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual ...*, cit., p. 24 e 26, a posição assumida por Teixeira de Sousa, o *Concurso de títulos de aquisição da prestação – Estudos sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, Coimbra, 1988, pp.291-292, neste sentido o autor qualifica o concurso de responsabilidade como uma espécie de “concursos de títulos de aquisição da prestação”.

No mais, nega uma relação de especialidade entre permite a prevalência da responsabilidade contratual. A *seleção pelo autor da pretensão indemnizatória contratual não pode impedir que, com fundamento na factualidade invocada e em estrita observância do princípio “iura novit curia” o tribunal conheça de uma pretensão indemnizatória delitual concorrente.*” Igualmente citado em MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade Civil Delitual* cit., p.26, cuja lição foi igualmente acolhida por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Vol. VIII, Direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*, 2.ª Reimpressão da 1.ª Edição do tomo III da parte II de 2010, Almedina, 2016, pp. 398-399.

¹³¹ À tese da opção aderem autores como CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, cit., p.411, e ainda FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil...*, cit., p. 41. E ainda, MARIA GRAÇA TRIGO, *in Responsabilidade Civil Delitual...*, cit., p. 26., Por último a Autora refere que “Se os factos se subsumem a ambos os regimes legais não vemos porque razão se deveria “forçar” o lesado/credor a seguir a via da responsabilidade obrigacional. Porém, também seria estranho que o lesado ficasse excessivamente protegido diante do agente/devedor, ao ser-lhe facultada a possibilidade de “fundir” os dois regimes jurídicos na designada acção híbrida que em tudo lhe fosse mais favorável.”

Sendo certo que a última poderá consubstanciar um caso de litispendência pela discussão dos mesmos factos em foros diferentes, cremos que se do mesmo facto, preenchedor da responsabilidade civil contratual e extracontratual decorrer um concurso de títulos de fundamentação da mesma pretensão indemnizatória o lesado poderá combinar normas das duas modalidades da responsabilidade civil¹³².

2.2 A ILICITUDE EXTRA CONTRATUAL - A EFICÁCIA EXTERNA DAS OBRIGAÇÕES

OS DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS

De facto, entendemos que o paradigma da responsabilidade civil só pode ser desvelado pela presença do binómio dano/ilicitude¹³³.

Sendo certo que o dano é o elemento imprescindível da responsabilidade civil - enquanto medida e limite indemnizatório - não menos seguro é de afirmar que nem todos os danos experimentados por um sujeito podem ser reparados por aquele que lhes deu origem, sendo estes suportados por quem os sofreu em resultado de um comportamento ilícito^{134 135}. Apesar de aventada a ideia do dano, deixemos aqui plantada para que no 3º capítulo a possamos dissecar com a merecida atenção. Debrucemo-nos sobre a ilicitude.

A ilicitude constitui o crivo pelo qual são aferidos os danos que podem ou não ser reparados¹³⁶. A antijuridicidade - a conduta contrária ao direito - manifesta-se pela consagração de três cláusulas delituais, as quais enformam e informam ao sujeito das hipóteses em que estamos perante uma conduta ilícita: a violação de um direito absoluto; a

¹³² MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit., p.20.

¹³³ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, p. 597 e 598, e ainda MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade...*, cit., p. 202.

¹³⁴ Tenha-se em linha de atenção que o facto não tenha sido praticado ao abrigo de uma causa justificativa do facto ou de exclusão da ilicitude: a saber a ação direita, legítima defesa, estado de necessidade e consentimento do lesado. Vide a propósito das modalidades de exclusão da ilicitude, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., pp. 552-562. E ainda MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit. pp.208 a 212.

¹³⁵ MANUEL A CARNEIRO DA FRADA, *Uma terceira via no Direito da Responsabilidade Civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros auditores de sociedades*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 32-33 e ainda MARGARIDA MARIA AZEVEDO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do banqueiro...*, cit., p. 29.

¹³⁶ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Responsabilidade vs. Liberdade: a precaução como fundamento da imputação delitual*, cit., p. 213.

violação de interesse legalmente protegido, ou ainda, quando a conduta do agente prevaricador consubstancia uma hipótese de abuso de direito.

Porém, por questões meramente lógico-discursivas partiremos da raiz do problema. Em ordem a este sentido propedêutico partiremos da índole problemática da tutela dos bens jurídicos *pessoa e propriedade*.

Assim, coloca-se, *ab initio*, um problema na definição dos limites em que o interferir na esfera jurídica alheia, pela *ingerência ou ataque à pessoa e propriedade*¹³⁷, possam desencadear o mecanismo técnico-operativo em que a responsabilidade civil se manifesta: a obrigação de indemnizar.

No sentido de evitar uma responsabilidade excessiva essa determinação é feita, em maior ou menor medida, quer pela definição de *Tatbestand - no quadro delimitação dos comportamentos delitualmente relevantes*¹³⁸, quer pela consagração de uma ampla cláusula de responsabilidade. Deste modo, o legislador ou julgador determinam o conjunto de danos e bens a ressarcir e a tutelar, respetivamente.

Neste momento, afigura-se-nos útil ainda que em termos descritivos calcorrear os modelos de responsabilidade civil adotados pelos ordenamentos jurídicos de referência do tipo *ius continental*.

Partimos da análise dos trechos normativos dos sistemas alemão e francês. Logo a partir daí ressaltam à vista diferenças que enformam os referidos modelos delituais. O sistema imputacional delitual alemão, de pendor analítico, faz recair a obrigação de indemnizar através *Enumerationprinzip* dos bens jurídicos tutelados.¹³⁹ Para tal, a par do preenchimento do pressuposto da culpa, exige o preenchimento do filtro objetivo da ilicitude. De facto, o BGB definiu três cláusulas que emergem como concretização dos dois níveis de sindicância propostos por IHERING¹⁴⁰ de comportamentos valorados como ilícitos: a (§ 823 I do BGB) que faz recair a obrigação de indemnizar sobre aquele que, dolosa ou negligentemente, violar ilicitamente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou um outro direito de outrem. A par desta previsão surge o § 823 II do BGB em que a obrigação de indemnizar

¹³⁷ JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...*, cit., p. 175, Atentemos no bem jurídico pessoa e no conceito técnico-operativo de património.

¹³⁸ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit., p.91.

¹³⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil...*, cit., p.327, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit., p. 87 e ss. e ainda, MARGARIDA MARIA AZEVEDO DE ALMEIDA, *Responsabilidade Civil do Banqueiro...*, cit., p. 30-31.

¹⁴⁰ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit., p.88.

resulta da violação de disposições legais de proteção de interesses alheios e, por fim, a mesma obrigação de indemnizar impende sobre quem violar dolosamente os bons costumes, § 826 do BGB, homologado do instituto do abuso de direito consagrado no artigo 334.º do CC¹⁴¹.

Na esteira de IHERING, a ilicitude traduz-se num requisito autónomo a apartar naturalmente do pressuposto da culpa. Traduzindo-se a ilicitude num comportamento antijurídico ou ainda definido pela inobservância das normas jurídicas, a sua autonomia pressupõe consequências de não pequena monta. Estas vão desde a separação dos tradicionais quadros normativos da responsabilidade contratual/extracontratual até à delimitação do círculo de danos a ressarcir como é o caso dos danos puramente patrimoniais¹⁴².

Desta forma, com a consagração, por um lado, da ilicitude enquanto pressuposto autónomo e, por outro, de três cláusulas delituais, o legislador alemão dá à jurisprudência as traves mestras em que assenta e circunscreve toda a cúpula do edifício da responsabilidade civil, delimitando o escopo da mesma e evitando, desse modo, uma extensão ilimitada da disciplina de imputação dos danos¹⁴³.

Ao sistema alemão, assente na distinção entre ilicitude e culpa, contrapõe-se o sistema napoleónico, assente na unicidade de pressupostos da responsabilidade civil¹⁴⁴.

Ora dispõe o 1382 do *Code Civil* francês que todo aquele que agindo com *faute*¹⁴⁵, venha a causar prejuízo a outrem é obrigado a repará-lo. Em ordem a ressarcir o lesado o sistema delitual francês consagra uma ampla cláusula de responsabilidade, sustentado para o efeito

¹⁴¹ Similares, porém o artigo 334.º do CC não exige ao lesante um comportamento doloso, dada a conceção objetivista do direito civil português, e ainda o preceito abre o escopo a hipóteses práticas em que os “*comportamentos ponham em causa os princípios normativos sustentadores do ordenamento e alicerçadores da materialidade subjacente ao direito subjectivo possam ser cancelados de abusivos*”, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit., p.99 e ainda da mesma autora, *Liberdade vs. Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?* Almedina, 2005. Note-se, ainda, a inserção sistemática dos preceitos § 826 do BGB e 334.º do CC: o primeiro situa-se na parte relativa à responsabilidade civil e o artigo 334.º do CC situa-se na parte geral do código, no subtítulo consagrado ao exercício e tutela de direitos.

¹⁴² MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit., p.92. Neste sentido, adverte a autora que a jurisprudência germânica tem vindo a forjar novos direitos como o direito à empresa através da expressão de direitos de outrem consagrada no § 823 I do BGB, tendo a doutrina desenvolvido igualmente especiais deveres no tráfego, na tentativa de alargar o âmbito do ilícito operando-se a fuga para o contrato ensaiando soluções que apontam para os contratos de eficácia de proteção para terceiros.

¹⁴³ ADRIANO VAZ SERRA, *Requisitos...*, cit., p. 44 e ainda MARIA JOÃO SARMENTO DE PESTANA VASCONCELOS, *Algumas questões sobre a ressarcibilidade...*, cit., p.155.

¹⁴⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil...*, cit., p.327.

¹⁴⁵ Sobre o conceito de *faute* vide, ainda RITA AMARAL CABRAL, “*a tutela delitual do direito de crédito*”, cit., p. 1041, nota de rodapé n.º 48, *ilicite*, enquanto elemento objetivo e, *imputabilite* enquanto elemento subjetivo que resultam da interpretação dos preceitos 1382 2 1383 do *Code Civil*.

no conceito de *faute* - que enquanto conceito operativo-ressarcitório congrega a ilicitude, a culpa e o nexa causal¹⁴⁶ ¹⁴⁷. O conceito de *faute*, desdobra-se nos elementos objetivo enquanto violação de um dever (*ilicite*) e um elemento subjetivo, a imputabilidade (*imputabilite*).

Como sufraga MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “o que se retira da breve referênciã ao modelo francês, é que nele se prescindido do duplo grau de sindicância para se dar lugar a um juízo unívoco, no qual os elementos subjetivos e objetivos se congregam numa intencionalidade única”¹⁴⁸ ¹⁴⁹.

Deste modo a ilicitude não se traduz num pressuposto operativo-ressarcitório autónomo. Destarte, ao não exigir a violação de um normativo concreto, a determinação dos comportamentos ou condutas relevantes para efeitos de responsabilidade civil é deixado ao labor dos tribunais¹⁵⁰.¹⁵¹ Como, e bem, adverte o insigne civilista VAZ SERRA, “é certo, (...) que uma fórmula geral, com a relativa indeterminação do seu conteúdo, tem também o inconveniente de deixar, em certa medida, dependente do arbítrio judicial a qualificação de alguns factos como ilícitos geradores de responsabilidade, sujeitando, assim, os particulares à surpresa de uma responsabilidade com que não contavam nem tinham de contar”¹⁵².

Destarte, sob a égide da segurança e da previsibilidade, o Autor dos trabalhos preparatórios rejeitou liminarmente a adoção de uma cláusula geral de responsabilidade, similar à cláusula consagrada pelo legislador ordinário francês¹⁵³.

¹⁴⁶ Ou como ainda refere Mafalda Miranda Barbosa, “sendo a *faute* entendida no sentido de culpabilidade, não se confunde em rigor com a culpa antes integrando dois elementos: o objetivo – a violação de um dever e o elemento subjetivo – a imputabilidade. Vide, *Lições...*, cit., pp.93 e 94.

¹⁴⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa, Lex, 1996, pp. 430-431.

¹⁴⁸ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit., pp.94-95.

¹⁴⁹ Aqui o concurso de responsabilidade manifesta-se pela consumpção do regime da responsabilidade contratual pela responsabilidade extracontratual, em virtude da sua especial relação com o regime geral anteriormente exposto aquando do concurso de responsabilidades.

¹⁵⁰ Como adverte MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. Responsabilidade...*, cit., p. 216, nota de rodapé n.º 369, “note-se, porém, que o ressarcimento dos danos em França não é de todo desmesurado. Desde logo, a jurisprudência introduziu o conceito de interesse legítimo. É necessário que se verifique a lesão de um interesse legítimo para que haja lugar à responsabilidade. Por outro lado, é atendendo à noção de causalidade que se restringem os danos objecto de ressarcimento.”

¹⁵¹ MARGARIDA MARIA AZEVEDO DE ALMEIDA, *Responsabilidade civil do banqueiro...*, cit., p30.

¹⁵² ADRIANO VAZ SERRA, *Requisitos...*, in Boletim do Ministério da Justiça n.º 92, Janeiro, 1960, pp. 67-68.

¹⁵³ MARIA JOÃO SARMENTO PESTANA VASCONCELOS, *Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual de danos patrimoniais puros no ordenamento jurídico português*, in novas tendências da nova responsabilidade civil, Almedina, 2007, pp. 153-155.

Do breve períplo pelos ordenamentos supra invocados, indaguemos ainda o modelo italiano que passa pela autonomização do conceito de ilicitude, sem que para tal consagre cláusulas especiais na tentativa de concretizá-lo. Estamos em bom querer que este modelo afasta-se do modelo francês, e por outro, demonstre uma ténue aproximação do § 823 BGB, uma vez que autonomiza a ilicitude, não formulando, contudo nenhuma cláusula no sentido de identificar, enumerar e delimitar as hipóteses de antijuridicidade. Encerrado este breve parêntesis, voltemo-nos para o modelo italiano. O 2043.º do *Codice Civile* dispõe que “qualquer facto doloso ou culposo, que causa um dano injusto, obriga aquele que cometeu o facto a reparar o dano”. Dir-se-á que toda a mecânica ressarcitória do sistema italiano tem como eixo central a expressão *danno ingiusto*. A expressão nasce da adição dos pressupostos da ilicitude e do dano, exigindo enquanto condição de ressarcibilidade da pretensão indemnizatória que o facto tenha provocado um dano injusto¹⁵⁴.

Como adverte ANTUNES VARELA, em linha com PETROCELLI, o principal defeito do conceito de *danno ingiusto*, aqui em discussão, está em “colocar o acento tónico da ilicitude sobre o dano (o efeito da conduta) e não sobre o facto (a conduta, em si mesma considerada)”¹⁵⁵.

Ultrapassada a controvérsia que o conceito suscita no seio da doutrina, o dano injusto tem sido servido como meio operativo- ressarcitório para garantir a reparação de danos que não se inscrevem na violação de direitos absolutos¹⁵⁶.

Destarte, é conferido ao terceiro imparcial um importante papel na valoração e seleção dos interesses em conflito, para julgar uma pretensão indemnizatória procedente ou improcedente.

Passados, ainda que *brevis momenta*, os principais sistemas de imputação delitual,¹⁵⁷ alemão, francês e italiano, somos compelidos a destrinçar dois modelos fundamentais: por

¹⁵⁴ MARIA JOÃO SARMENTO PESTANA VASCONCELOS, *Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual de danos patrimoniais puros no ordenamento jurídico português*, in novas tendências da nova responsabilidade civil, Almedina, 2007, p. 158.

¹⁵⁵ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., p. 532. E ainda aponta como exemplo o seguinte: “uma coisa é, com efeito, a calúnia ou a injúria, (a afirmação de um facto que fere a honra ou afeta o bom nome de uma pessoa) e outro o dano que a calúnia ou injúria causou (o despedimento do empregado; a perda da clientela; o rompimento do noivado; etc.). E a ilicitude reporta-se ao facto do agente, à sua atuação, não ao efeito (danoso) que dele promana, embora a ilicitude do facto possa provir (e provenha até as mais das vezes) do resultado (lesão ou ameaça de lesão de certos valores tutelados pelo direito) que ele produz.

¹⁵⁶ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *In Lições...*, cit., p.96.

¹⁵⁷ Refira-se ainda que o modelo de responsabilidade civil vigente nos sistemas de Common Law assenta nos *torts*, aos quais corresponde uma ação homologada pelo legislador, não existindo para o efeito a figura do ilícito como categoria autónoma. Para mais desenvolvimentos, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit. p.97.

um lado o alemão, que recorre a um princípio de enumeração dos bens jurídicos tutelados numa tentativa de circunscrever os domínios de liberdade e de risco¹⁵⁸ e, por outro, o sistema delitual francês e italiano a consagrarem uma ampla cláusula delitual, deixando ao labor da jurisprudência o desenvolvimento do direito delitual, através de uma ponderação no caso concreto dos bens ou interesses em conflito e a tutelar¹⁵⁹.

Assim, mesmo antes de avançar para o domínio do ordenamento jurídico português, dos dados já lançados e redirecionado o tema a que aqui também somos convocados, podemos avançar que os danos patrimoniais puros têm tratamento diferenciado nos dois sistemas.

Assim, enquanto no direito francês é amplamente aceite a tutela delitual do direito de crédito, nos termos do artigo 1382 do *Code Civil*, já no direito delitual alemão são colocadas as maiores reservas, defendendo para o efeito que a tutela conferida pelo § 823 I do BGB é privativa de direitos absolutos, remetendo a proteção delitual do direito de crédito ao abrigo do § 826 do BGB que dispõe sobre a atuação dolosa contra os bons costumes¹⁶⁰.

Dos modelos representados por estas codificações, o nosso legislador adotou uma posição intermédia ou híbrida^{161 162} digamos.

O ordenamento jurídico português prescindindo de uma enumeração dos bens absolutamente protegidos e afastando-se igualmente de uma ampla cláusula geral do código napoleónico, assim como da exigência da presença de um dano injusto, consagra a ilicitude como pressuposto autónomo da ilicitude ao dispor no artigo 483.º do CC que “aquele que dolo ou mera culpa violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer outra qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. Em ordem ao preceito consignado no artigo 483.º do CC e na senda

¹⁵⁸ MARIA JOÃO SARMENTO DE PESTANA VASCONCELOS, *Algumas questões sobre a ressarcibilidade...*, cit. 157 e ainda, ANTÓNIO CANEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, cit., p. 138.

¹⁵⁹ MARIA JOÃO SARMENTO DE PESTANA VASCONCELOS, *Algumas questões sobre a ressarcibilidade...*, cit. 157 e ainda, ANTÓNIO CANEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, cit., pp. 133-134.

¹⁶⁰ MARIA JOÃO SARMENTO DE PESTANA VASCONCELOS, *Algumas questões sobre a ressarcibilidade...*, cit., p. 155.

¹⁶¹ RITA AMARAL CABRAL, *A tutela delitual do direito de crédito*, cit., p.1040, refere que o legislador português recorreu a técnicas legislativas diferentes: “recorreu à exposição genérica, prevenindo os inconvenientes da enumeração. Mas, simultaneamente evitou utilizar um conceito vago. Ou seja, garantiu a adaptabilidade do instituto, procurando não sacrificar a segurança jurídica”.

¹⁶² Por temer os inconvenientes da enumeração em que não pudesse abranger todas as hipóteses em é exigido o dever de indemnizar Vaz Serra, enquanto obreiro dos trabalhos preparatórios, recorreu à expressão “direitos de outrem”, A.VAZ SERRA, *Requisitos da responsabilidade Civil*, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º92 Janeiro de 1960,, cit., pp. 47-48.

do § 823 I BGB o legislador, para além de consagrar a ilicitude como pressuposto autónomo e distinto da culpa com as locuções “*violar ilicitamente*”, “*com dolo ou mera culpa*”, respetivamente, consagrou duas cláusulas destinadas a clarificar o conjunto de condutas tidas por ilícitas.

Desta forma, o legislador definiu as duas modalidades que a ilicitude pode revestir: a violação de direitos de outrem, patente na 1ª parte do artigo 483.º do CC, e a violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios, 2ª parte do artigo 483.º do CC. Para além, das duas modalidades encerradas no 483.º do CC, podemos considerar uma terceira modalidade presente no artigo 334.º do CC – o abuso de direito. Daqui, decorrerá um terceiro mecanismo ressarcitório, independente da violação de um direito subjetivo absolutamente protegido ou de um interesse legalmente protegido.¹⁶³

Seguindo este excursus, passaremos a análise dos artigos 483.º e 334.º, do CC, tendo como horizonte a eventual ressarcibilidade dos danos puramente patrimoniais (*primärer vermögensschaden, pure economic loss, financial loss*)¹⁶⁴ danos que atingem a esfera de terceiro sem que haja a violação de um bem ou posição absolutamente protegida.

De facto, este problema coloca-se devido às opções fundamentais tomadas pelo legislador no que diz respeito ao conceito restritivo da ilicitude a tutelar na primeira modalidade apenas os direitos subjetivos absolutos, deixando à margem de tutela aquiliana os direitos de crédito. Essencialmente, o problema coloca-se nos sistemas ressarcitórios aquilianos em que a ilicitude surge como pressuposto autónomo da responsabilidade civil. Em que tradicionalmente a dogmática e a jurisprudência mostram-se desfavoráveis à reparação de situações em que os interesses em causa assumem a forma de um direito de crédito. Em ordem ao que é referido partiremos da análise da ilicitude para aferir os ditames e os princípios da não ressarcibilidade dos danos puramente patrimoniais¹⁶⁵.

Coloca-se, assim, a questão de saber se também os direitos de crédito, cuja violação se traduz num dano puramente patrimonial são incluídos no âmbito protetor do artigo 483.º, 1.ª parte do CC.

Começar-se-á pela primeira modalidade da ilicitude consubstanciada na “violação dos direitos de outrem”. E aqui duas notas merecem particular acuidade.

¹⁶³ MARGARIDA MARIA AZEVEDO DE ALMEIDA, *Responsabilidade civil do banqueiro...*, cit., p. 35.

¹⁶⁴ JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...*, cit., p. 187.

¹⁶⁵ MARGARIDA MARIA AZEVEDO DE ALMEIDA, *Responsabilidade civil do banqueiro ...*, cit., p. 38

A primeira nota a registar centra-se no círculo hermenêutico de bens a tutelar. Ora a expressão “direitos de outrem” a que o preceito alude corresponde no seu sentido técnico jurídico à tutela de direitos subjetivos¹⁶⁶.

A tutela delitual de interesses ou posições jurídicas vantajosas que não corporizem direitos é remetida para a segunda modalidade.

Ainda que não unanime, a doutrina maioritária advoga que o quadro jus subjetivo tutelado corresponde aos direitos subjetivos absolutos entre os quais se elencam os direitos de personalidade, os direitos reais, os direitos de propriedade industrial, os direitos de propriedade intelectual. Direitos que pela sua natureza - *erga omnes* - quando violados por terceiro fundam uma obrigação de indemnizar.¹⁶⁷

Também, os direitos familiares encontram no artigo 483.º, n.º1, primeira parte, tutela pelo que a sua violação gera igualmente uma obrigação de indemnizar.¹⁶⁸ Excluídos estarão os direitos de créditos, direitos relativos, e enquanto tal, eficazes *inter partes* ou seja, partimos do pressuposto que como direitos relativos que são, apenas produzem efeitos entre os elementos do vínculo creditício estipulado: devedor e credor. Deste modo a obrigação só pode ser violada pelo devedor.

Albergados pelo conceito técnico operativo de património estão indubitavelmente os direitos de crédito. Controversa é, porém, a questão de saber se os direitos de crédito serão abrangidos pela expressão “direitos de outrem”. Já dissemos que a locução faz referência a direitos subjetivos. Na sua índole os direitos de crédito são direitos subjetivos, pelo que à primeira vista os mesmos estariam abrangidos pela primeira parte do 483.º do CC porém, é

¹⁶⁶ Tomemos como definição de direito subjetivo a proposta por Mota Pinto que o define como “o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (*um facere*) ou negativo (*non facere*) ou de por um acto de livre vontade, só de per si ou integrado por um acto de autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa”. CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 1996., p. 169. A definição congrega quer a noção de direito subjetivo, quer a noção de direito potestativo. Sobre a noção de direito subjetivo são propostas três teorias: teoria do interesse, em que o mesmo se apresenta como um interesse juridicamente protegido, a teoria do vontade, em que o direito se concebe como um poder de vontade e, por fim, a teoria eclética que congrega as duas teorias anteriormente expostas. Vide a este propósito EDUARDO SANTOS JUNIOR, *Da Responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito.*, cit., pp. 24 e ss.

¹⁶⁷ ADRIANO VAZ SERRA, *Requisitos da responsabilidade civil*, cit., p. 78.

¹⁶⁸ FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Curso de direito da família*, Coimbra, 1986, p. 112 e ainda HEINRICH EWALD HORSTER, *A parte geral do código civil português*, cit., p. 226.

feita uma interpretação restritiva do preceito e para este raciocínio contribuem dois elementos: o elemento histórico e elemento sistemático¹⁶⁹.

De facto, partindo da análise dos trabalhos preparatórios propugnados por VAZ SERRA, resulta que o legislador ordinário português teve a clara intenção de delimitar a proteção delitual, pela expressão “direitos de outrem” às hipóteses em que se verifica a violação de direitos subjetivos absolutamente protegidos, afastando para o efeito os direitos de crédito – elemento histórico.

Na verdade, “os direitos que aqui se tratou são direitos absolutos, isto é, direitos eficazes *erga omnes*, e cuja violação por terceiro pode dar lugar, portanto, a um dever de indemnização,... é discutido se também os direitos de crédito podem ser violados por terceiros, e se estes constituem na obrigação de indemnizar o credor por violação do seu direito de crédito”¹⁷⁰. Cujas considerações verteu no artigo 734.º do Anteprojeto “o terceiro, por facto de quem os direitos de crédito não são satisfeitos não incorre em responsabilidade civil, salvo no caso de abuso de direito...”¹⁷¹. Projeto de artigo que não vingou ficando a questão ao labor da doutrina.

Seguindo para o elemento sistemático, o código consagra que a eventual violação dos direitos de crédito é tutelada pelos preceitos constantes nos artigos 798.º e ss do CC - pelo incumprimento *tout court*, pela mora, ou incumprimento defeituoso da prestação¹⁷².

Como anteriormente fomos referindo, no círculo de tutela do artigo 483.º do CC estão contemplados os direitos absolutamente protegidos: os direitos de personalidade, os direitos reais, os direitos de autor e de propriedade intelectual. A propriedade emerge como bem patrimonial por excelência, porém, esta conceção, decresce à medida que os valores patrimoniais se imaterializam e volatizam.

Delimitado o círculo protetor, estão excluídos os danos experimentados pelo não cumprimento de obrigações creditícias, quando resultem do inadimplemento por facto de terceiro, estranho à relação contratual, ou ainda, os danos que, apesar de não

¹⁶⁹ Contra esta posição insurgem-se RITA AMARAL CABRAL e GOMES DA SILVA. Defendem, com base no elemento literal que a expressão “direitos de outrem” congrega e tutela os direitos de crédito. Vide, A tutela delitual do direito de crédito, cit., p.1042.

¹⁷⁰ ADRIANO VAZ SERRA, *Requisitos da responsabilidade Civil...*, cit., p.112.

¹⁷¹ ADRIANO VAZ SERRA, *Requisitos da responsabilidade Civil...*, cit., p.112.

¹⁷² MARIA JOÃO SARMENTO DE PESTANA VASCONCELOS, *Algumas questões sobre a ressarcibilidade...*, cit. 174.

consubstanciarem uma lesão do direito de crédito corporizem a um prejuízo do património, qual tal¹⁷³.

No fundo, a categoria dos danos patrimoniais puros identificam um conjunto de hipóteses práticas em que apesar de se verificar um dano, muitas vezes de repercussões consideráveis, o mesmo não possa ser reparado porque não preenche o requisito restritivo da ilicitude extracontratual.

Como exemplos paradigmáticos dos danos patrimoniais puros são apontados cinco hipóteses práticas: o caso da avaliação incorreta do auditor, o caso do engarrafamento do trânsito, os cable cases, e um caso de poluição ambiental¹⁷⁴. Exemplos paradigmáticos que invocaremos ao longo do presente capítulo.

Destarte, estão excluídos da tutela delitual os danos patrimoniais puros, situações em a posição do património é afetado, quer pela violação do direito de crédito do lesado, quer pela conduta prevaricadora do agente (lesante).

Na verdade, a reparação dos danos patrimoniais puros parece ter o seu âmbito ressarcitório consagrado no âmbito da responsabilidade contratual nos termos do artigo 798.º e ss. do CC. De facto, os danos resultantes da violação do dever de prestar vão projetar-se na esfera patrimonial do credor, não ficando o eventual ressarcimento dependente da prova da violação de um bem jurídico absolutamente protegido. Em contraste com a responsabilidade contratual, a responsabilidade aquiliana pauta-se pela salvaguarda de uma área de liberdade isenta de risco. Compete-lhe a definição de um compromisso entre as necessidades de proteção da posição dos sujeitos e áreas de liberdade isentas de risco de responsabilidade¹⁷⁵. Em ordem ao que até aqui foi dito, avancemos os argumentos invocados pela dogmática para justificar o não ressarcimento dos danos puramente patrimoniais em sede da primeira cláusula de ilicitude extracontratual.

Neste sentido são avançadas duas ordens de razão para a não ressarcibilidade dos danos patrimoniais puros: uma de ordem axiológica e outra tendencialmente pragmática¹⁷⁶.

¹⁷³ MARGARIDA MARIA CORREIA MATOS DE AZEVEDO DE ALMEIDA, *Responsabilidade civil do banqueiro...*, cit., p.50.

¹⁷⁴ JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...*, cit., pp. 187 e ss.

¹⁷⁵ MARIA JOÃO SARMENTO DE PESTANA VASCONCELOS, *Algumas questões sobre a ressarcibilidade...*, cit. 174 e ainda, ANTÓNIO CANEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança*, cit., pp. 246 e 247.

¹⁷⁶ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade...*, cit., pp. 222 e ss. Neste excuro acompanhamos muito de perto a exposição feita pela autora. E ainda MARGARIDA MARIA MATOS CORREIA DE AZEVEDO DE ALMEIDA, *Responsabilidade civil do banqueiro...*,cit.,pp.50 e ss.

Principiemos pela argumentação de índole axiológica. Parte-se de uma “hierarquização” dos bens jurídicos aqui em discussão.

Parte-se, sobretudo, da menor importância dos bens jurídicos em jogo em que avultam os danos puramente patrimoniais. Dir-se-á que os direitos de personalidade e os direitos reais corporizam e representam valores superiores do ordenamento jurídico por contraposição a valores ou interesses meramente economicistas em que o conceito técnico-operativo de *património* alberga e em que a sua violação traduz-se em danos puramente patrimoniais.

Acresce que, dos bens jurídicos elencados, os bens jurídicos pessoais assumem ímpar e particular importância. Na esteira de Mota Pinto, “o reconhecimento pelo direito civil (...) da ideia de pessoa ou personalidade começa por ser, para além de um princípio normativo, a aceitação de uma estrutura lógica sem a qual a própria ideia de Direito não é possível”¹⁷⁷. Pelo que somos compelidos a concluir que é a conceção de pessoa que enforma o Direito e sobre qual todo o sistema calcorreia¹⁷⁸.

Deste modo, os ataques de terceiros que atingissem a *pessoa* ou a *propriedade* são dignos de uma maior tutela ressarcitória, ao passo que os danos experimentados pelo lesado, pela violação de um dever de prestar, deverão ser suportados pelo mesmo.

Porém, se admitimos que os bens jurídicos pessoais, *rectius* os direitos de personalidade, que dada a sua “notoriedade social típica” devem estar hierarquicamente num nível superior, pelo seu fácil reconhecimento, a mesma ordem de pensamento não pode ser mobilizada para o cotejo entre direitos reais - a propriedade – e o *património*¹⁷⁹ ou interesses económicos¹⁸⁰. Dir-se-á que as lesões patrimoniais que não resultem da violação da propriedade, mas em decisões patrimoniais prejudiciais, ruinosas, inoperantes ou inúteis, ou impeditivas da aquisição patrimonial excecionalmente resultaram apenas na obrigação de indemnizar como é o caso da concorrência desleal.¹⁸¹ Porém, não existe qualquer direito subjetivo a não tomar a este tipo de decisões, com uma correspondente obrigação geral de respeito pelo sujeito¹⁸².

¹⁷⁷ CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4ª Edição, 2005, Coimbra Editora, p. 98.

¹⁷⁸ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade...*, cit., p.223.

¹⁷⁹ A palavra “*património*” detém diversas aceções sendo que comumente é definido como o “conjunto de relações jurídicas activas e passivas (direitos e obrigações) avaliáveis em dinheiro de que uma pessoa é titular”. Veja-se a este propósito ¹⁷⁹ CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 344.

¹⁸⁰ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade...*, cit., p.223.

¹⁸¹ MARIA JOÃO SARMENTO DE PESTANA VASCONCELOS, *Algumas questões sobre a ressarcibilidade...*, cit. p.168.

¹⁸² MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*, cit., p. 240.

De facto, a ordem jurídica concede uma maior proteção à propriedade, em comparação ao património dada a velha conceção da propriedade enquanto principal fonte de riqueza. Este velho resquício, que provem das constituições liberais e cujos trabalhos preparatórios do BGB igualmente o demonstram, ainda se manifesta no nosso ordenamento dadas as trechos normativos que pautam e regulam os negócios jurídicos que incidem sobre a alienação ou oneração do património imobiliário, no que concerne à forma solene do negócio jurídico e a sua publicitação através do registo predial¹⁸³.

Porém, esta conceção de oitocentos não reina na realidade dos nossos dias. Com a hodierna circulação de bens e serviços, nas relações dominiais relevantes e com atual estrutura da economia assente numa sociedade de consumo, os direitos de crédito assumem uma importância crescente e capital na economia de mercado em que estamos socialmente inseridos¹⁸⁴.

Dos argumentos gladiados, no que concerne aos direitos de personalidade não restam dúvidas dada a sua notoriedade social. Parece-nos que a diferença entre tutela dos danos que atinjam a propriedade em contraposição aos direitos ou interesses puramente patrimoniais não assentará na maior dignidade ou superioridade hierárquica ocupada pelo bem jurídico propriedade.

Diremos que a justificação para a não ressarcibilidade dos danos patrimoniais puros, em sede delitual, deverá antes buscar-se em fatores ou argumentos de ordem tendencialmente pragmática.

Cremos, portanto, que a *ratio* do princípio da não ressarcibilidade dos danos puramente patrimoniais não assenta na superior dignidade dos bens tutelados ou na eficiência económica dos bens jurídicos, ora em discussão, mas sobretudo no cotejo entre os interesses do lesante e do lesado¹⁸⁵.

A grande preocupação subjacente a este princípio prende-se, sobretudo, a de evitar um excessivo alargamento dos limites da responsabilidade civil. Dir-se-á que esta limitação decorre de duas ideias basilares: segurança e proporcionalidade. Aqui, discute-se os riscos

¹⁸³ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade...*, cit., p.224.

¹⁸⁴ Para além do que foi até aqui referido a Lei fundamental portuguesa, a Constituição da República Portuguesa consagra a propriedade como um dos direitos económicos, não figurando na galeria dos direitos, liberdades e garantias. Antes espelha uma valoração social e política ao figurar igualmente ao lado dos direitos de iniciativa económica. (Artigos 61 e 62.º da CRP). MARGARIA MARIA MATOS CORREIA AZEVEDO DE ALMEIDA, *Responsabilidade civil do banqueiro...*, cit., p. 52 e ainda Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 1993, anotação aos artigos 61.º e 62.º.

¹⁸⁵ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade..*, cit., pp. 223 e ss.

associados à exposição do lesante a uma responsabilidade de proporções indetermináveis. Teme-se que o lesante seja sujeito a enormes cadeias de lesados e a uma obrigação ressarcitória de proporções gigantescas e desproporcionais com o seu grau de culpa.¹⁸⁶

Em ordem ao que foi dito, refira-se ainda que perante a eventualidade de suportar tais custos, oneraria excessivamente a liberdade de atuação dos sujeitos, pelo que para além de indemnizar o eventual lesado, o lesante teria igualmente de indemnizar todos aqueles envolvidos na cadeia dos danos patrimoniais provocados¹⁸⁷.

Acresce que, a proteção delitual dos mesmos levaria a pôr em causa o princípio da liberdade de concorrência entre empresas conduzindo os sujeitos a reduzir ou paralisar a sua atividade. Esta paralisação coaduna-se pela incapacidade dos sujeitos singulares ou coletivos em suportar tais obrigações ressarcitórias.

Para mais, os direitos de crédito, na qual se traduzem os danos patrimoniais puros, não beneficiam de publicidade suficiente para advertir o terceiro da sua existência¹⁸⁸.

Ainda no mesmo patamar dialógico, a eventual ressarcibilidade de tais danos aumentaria em número significativo a entrada de ações ressarcitórias com o eventual colapso do sistema de Justiça em dar resposta à entrada, em massa, de pretensões indemnizatórias¹⁸⁹.

Identificados como *floodgates arguments*, os argumentos *supra* invocados têm em si imbuídos duas ideias paradigmáticas: a ideia de justiça e a de segurança pela qual principiamos anteriormente. A ideia de justiça emerge como plano de realização do Direito, a qual surge associada a ideia de segurança: a ideia de não expor o lesante a espirais desproporcionais de responsabilidade quando comparadas a diminutos graus de culpa. Exemplo paradigmático é dano provocado a um terceiro, pelo corte de uma autoestrada, em virtude de um acidente de viação. Outro, a que podemos invocar e dar especial atenção é o cables cases. Uma operação de construção civil leva o corte de energia pela rutura de um cabo de fornecimento de energia elétrica de uma empresa que se encontra a laborar. Ou ainda o atropelamento de um artista, que o impede de dar um espetáculo, e como tal obriga ao promotor do espetáculo a devolver o montante dos bilhetes para o espetáculo. Como ressarcir

¹⁸⁶ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade...*, cit., pp. 223 e ss.

¹⁸⁷ Imagine-se o caso em que um condutor sofre um acidente de viação que obriga o corte da autoestrada. Ao admitir-se o ressarcimento de tais danos, seríamos compelidos a indemnizar os danos provocados ao transeuntes dessa mesma via, por um eventual não celebração de um contrato agendada, e que por virtude desse corte da autoestrada ficaram impossibilitados de comparecer.

¹⁸⁸ MARIA JOÃO SARMENTO DE PESTANA VASCONCELOS, *Algumas questões sobre a ressarcibilidade ...*, cit. 172, e ainda, ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade de terceiros...*cit., p.353.

¹⁸⁹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade ...*, cit., p 232.

o sujeito que ia caminho de uma reunião e ficou preso no trânsito, em virtude de um desastre de aviação que barrou a via em que seguia? Como ressarcir a empresa que laborava se a entre a empresa fornecedora de energia elétrica (devedora) ficou impedida de cumprir a sua prestação pela rutura do cabo, operada por terceiro (empresa de construção civil)? Em todos estes exemplos verifica-se um dano que se projeta na esfera patrimonial do sujeito sem que se tenha violado uma posição absolutamente protegida.

Em suma, como descreve SINDE MONTEIRO são hipótese práticas em que se verifica um *Damum sine injuria* valendo o princípio *casum sentit dominus*.¹⁹⁰

Digamos, portanto, que por se tratarem de posições com uma menor notoriedade social típica não seria legítimo exigir o mesmo grau de respeito que os termos em que se tutelam a pessoa e a propriedade¹⁹¹.

Por seu turno, a função desempenhada pela segunda modalidade da responsabilidade traduz-se, em grande medida, pelo alargamento do domínio de bens delitualmente protegidos, do qual o património sai beneficiado, e que apenas terá lugar através de disposições que tenham como escopo a tutela de interesse patrimoniais puros. Uma vez que, como vimos, os direitos de personalidade beneficiam de tutela extracontrolo, pela consagração de um direito geral de personalidade (artigo 70.º do CC).

Dir-se-á ainda que as disposições legais de proteção não necessitam de se limitar à tutela de posições que já encontram guarida ao abrigo do n.º 1 do artigo 483.º, 1ª parte do CC, podendo através das mesmas tutelar interesses patrimoniais puros.

2.3 A EFICÁCIA EXTERNA DAS OBRIGAÇÕES – A PROTEÇÃO DELITUAL DO CRÉDITO¹⁹²

Tendo como pressuposto a dualidade dos quadros tradicionais da responsabilidade civil, perguntar se o terceiro que se atrase na entrega, danifica ou destrói o objeto da prestação pode ser delitualmente responsável, é no fundo perguntar qual o âmbito do ilícito extracontratual.

¹⁹⁰ MARIA JOÃO SARMENTO DE PESTANA VASCONCELOS, *Algumas questões sobre a Ressarcibilidade Delitual de danos patrimoniais puros no Ordenamento Jurídico Português, In tendências da responsabilidade civil*, Almedina, 2007, p 153, e Apud JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...cit...p.189*.

¹⁹¹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. Responsabilidade...*, cit., p. 233.

¹⁹² JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, cit., p.175.

Acresce ainda que tendo abordado a (ir)ressarcibilidade dos danos puramente patrimoniais, na qual se traduz a violação de um direito de crédito, curemos agora sobre os danos provocados ao património quando os mesmo consubstanciem a forma de direito de crédito. Como temos vindo a frisar, em sistemas delituais como o alemão ou português os direitos de crédito estão excluídos do âmbito protetor do artigo 483.º do CC em obediência ao conceito restritivo da ilicitude.

Em ordem ao que foi até aqui referido, impõe-se-nos uma questão, sobretudo pelo tema que nos aqui ocupamos, será de admitir a teoria da eficácia externa das obrigações, de modo que aqueles que veem o seu vínculo creditício lesado por um estranho à relação contratual possam dela exigir o ressarcimento dos seus danos? Desde já, avançamos com uma resposta: em princípio o credor lesado no seu crédito não terá os seus prejuízos ressarcidos por facto imputável a terceiro, tendo apenas os seus danos ressarcidos nas situações que consubstanciem um autêntico abuso de direito, nos termos do artigo 334.º do CC.

Porém, voltemos ao início. Advogam os defensores da eficácia externa¹⁹³ que, para além da eficácia interna das obrigações que vincula o devedor da relação creditícia, há uma eficácia ou lado externo da obrigação que se traduz num dever geral de respeito sobre o crédito que impende sobre todos os sujeitos da comunidade jurídica em respeitar o direito do credor¹⁹⁴, de não impedir ou dificultar o cumprimento da obrigação.^{195 196}

Para tal, defendem uma interpretação declarativa do artigo 483.º do CC, conferindo ao preceito um sentido amplo, de forma a albergar no seu círculo protetor, para além dos direitos absolutos os direitos relativos.

Dito de outro modo, argumentam os seus defensores que os direitos de crédito, *rectius* direitos relativos deviam beneficiar do mesmo reconhecimento e tutela que os direitos

¹⁹³RITA AMARAL CABRAL, *A tutela delitual do direito de crédito*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva, FDUL, 2001, pp. 1040 e ss. EDUARDO SANTOS JÚNIOR, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, 2003, Almedina. KARL PRELHAZ NATSCHERADETZ, *A responsabilidade do civil do terceiro cúmplice*, Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, n.º5 jan/mar, 1986, p.17 e ss., I. GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, 7.ª Edição, Coimbra, 1997 e ainda FERRER CORREIA e VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Efeito externo das obrigações; abuso de direito; concorrência desleal (a propósito de uma hipótese prática)*. RDE, ano V, n.º1, Coimbra, 1979, pp. 3 e ss.

¹⁹⁴ MANUEL ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, 3.ª Edição, Livraria Almedina, Coimbra, p. 51.

¹⁹⁵ MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *A eficácia externa das obrigações, Entendimento da doutrina clássica*, In Revista de Legislação e Jurisprudência N.º 3986, p. 131.

¹⁹⁶ NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos...*, cit. p. 970 e ainda EDUARDO SANTOS JÚNIOR, *Da responsabilidade civil de terceiro...*, cit., pp. 416 e ss.

absolutos, nos quais se enquadram os direitos reais e os direitos de personalidade. Pelo que, “todo o terceiro que tivesse conhecimento da relação creditícia seria obrigado a respeitá-la, não lhe sendo lícito induzir o devedor a faltar ao cumprimento celebrar com ele negócio que o impedisse de cumprir, nem destruir, ou danificar a coisa devida”¹⁹⁷.

Porém, os defensores da posição clássica, na qual nos revemos, defendem que o direito de crédito tem apenas um efeito interno. Neste sentido, apelando a uma interpretação restritiva do 483.º do CC a pretensão indemnizatória contra terceiro deveria fundar-se, caso preenchida, na terceira modalidade da ilicitude: no princípio do abuso do direito¹⁹⁸.”

Neste sentido, VAZ SERRA proponha nos trabalhos preparatórios o seguinte preceito “o terceiro, por facto de quem os direitos de crédito não são satisfeitos, não incorre em responsabilidade para com os respetivos credores, salvo no caso de abuso de direito”.

Perante a não consagração do preceito o legislador deixou a resolução do problema ao labor da doutrina e da jurisprudência.

Acresce que, a querela parte da distinção entre os denominados direitos relativos e direitos absolutos, se nos últimos se destaca uma obrigação de não ingerência que se estabelece entre o seu sujeito ativo e os demais – uma obrigação passiva universal- que se traduz num dever de não perturbar o exercício de tal direito contrapõe-se a relatividade do direito de crédito. Aqui estabelece um vínculo entre pessoas determinadas entre a celebração e o cumprimento da obrigação. Neste sentido, como acabamos de referir, os direitos de crédito tem uma eficácia *inter partes*. A convenção contratual pela qual as partes se regem produzem efeitos apenas entre elas sendo inoponíveis perante terceiros.¹⁹⁹ Assim, a violação de um direito absoluto – direito de personalidade, direito reais, e direitos de propriedade intelectual – por um terceiro gera a obrigação de indemnizar, ao passo que, a violação de um direito de crédito gerará, em princípio, obrigação de indemnizar em sede de responsabilidade contratual pelo inadimplemento do devedor da relação creditícia.

Dir-se-á que à problemática da eficácia externa das obrigações traduz-se, tradicionalmente em três situações i) o terceiro atua sobre a pessoa do devedor, impossibilitando o incumprimento da obrigação, ii) o terceiro celebra o devedor um contrato incompatível com

¹⁹⁷ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações ...*, cit., p.179.

¹⁹⁸ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações ...*, cit., p.179.

¹⁹⁹ MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *A eficácia externa das obrigações, Entendimento da doutrina clássica*, In Revista de Legislação e Jurisprudência N.º 3986, p. 132.

o cumprimento da obrigação pré-existente e como tal atua sobre o próprio dever de prestar – direito de crédito, e por fim, o terceiro atua sobre o objeto da prestação²⁰⁰.

Das hipóteses elencadas digamos que a que nos realmente importa refere-se às situações em que o terceiro atua sobre objeto da prestação.

Mas voltemo-nos sobre as duas primeiras hipóteses. O terceiro de boa-fé não poderá ser responsabilizado pelo facto de ter celebrado um contrato incompatível com contrato anteriormente celebrado. Os direitos de crédito não possuem a notoriedade social típica da qual beneficiam os direitos reais. A imputação da responsabilidade a terceiro colocaria fortes entraves ao tráfico negocial e à livre concorrência que constitui princípio basilar da economia de mercados em que vivemos.

Ademais, obrigar o terceiro a aferir da eventual existência prévia de um outro contrato, incompatível com o proposto pelo devedor, inviabilizaria o livre comércio jurídico, colocando sérios entraves a circulação de bens e prestação de serviços²⁰¹.

Ademais, o sujeito que se encontra vinculado no cumprimento do contrato é o devedor e não o terceiro, é apenas a este sujeito que incumbe o dever de prestar, sob pena de ressarcir os prejuízos causados ao credor ao abrigo da responsabilidade contratual.

Como adverte MAFALDA MIRANDA BARBOSA “pensar de outro de modo contrariaria a estrutura básica da economia baseada no mercado e na livre concorrência e conduziria a uma imutabilidade quase total, pelo menos nos contratos de execução continuada”²⁰².

Em ordem ao que foi referido, digamos que a ideia subjacente a esta construção dogmática é considerar-se o crédito tutelado não apenas face ao devedor, mas sobretudo face a terceiros.²⁰³No entanto, a doutrina maioritária, não admite, em princípio o efeito externo das obrigações.

E a Jurisprudência se inicialmente se mostrava adepta da teoria do efeito externo das obrigações nos arestos do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de junho de 1964²⁰⁴ e de 25 de

²⁰⁰ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade...*, cit., p. 93.

²⁰¹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade...*, cit. p. 94.

²⁰² MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade...*, cit. p. 94.

²⁰³ MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *A eficácia externa das obrigações, Entendimento da doutrina clássica*, in Revista de Legislação e Jurisprudência N.º 3986, p. 131.

²⁰⁴ A questão surgiu com a violação de um pacto de preferência. “*em suma, tinha sido celebrado um contrato (pacto de preferência) por via do qual o sócio de uma sociedade dera a outrem preferência na venda de umas tantas ações. Sucedeu que esse sócio as veio a vender a um terceiro - e o problema que se pôs foi precisamente o de saber se os direitos do credor, em função do pacto de preferência celebrado, se podiam estender ao próprio terceiro.*” JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações*, Vol. I, Almedina, pp. 42-43. E ainda JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., pp. 176-177.

Outubro de 1993, em que aceitava a teoria do efeito externo das relações obrigacionais, nos acórdãos de 17 de junho 1969, de 27 de janeiro de 1993, de 15 de abril de 1993, de 13 de dezembro de 2001, de 19 de março de 2002, de 21 de outubro de 2003, e de 19 de março de 2009, recusou a eficácia externa das obrigações, recorrendo para o efeito aos institutos do abuso de direito e da concorrência desleal²⁰⁵²⁰⁶.

De facto, o terceiro de boa fé não poderá incorrer em responsabilidade pelo facto de celebrar um vínculo contratual incompatível com um contrato anteriormente celebrado. São as preocupações subjacentes aos princípios da liberdade contratual, da liberdade de iniciativa económica, do tráfico jurídico-negocial que fazem que a mesma seja liminarmente recusada. Acresce que, tradicionalmente, vários argumentos são mobilizados no sentido de renegar a eficácia externa das obrigações. Passando para a linha argumentativa mobilizada pela doutrina no sentido de negar uma eficácia externa das obrigações são tradicionalmente invocados os elementos de direito constituído - os artigos 406.º, n.º 2, 413.º, 421.º, 495.º, n.º 3, com o 794.º e 803.º e 1306.º do CC.

O primeiro preceito invocado, o artigo 406.º, n.º 2 do CC, consagra o princípio da relatividade do contrato. Já os artigos 413.º e 421.º do CC admitem a eficácia real (externa) aos contratos de promessa e aos pactos de preferência²⁰⁷. Em princípio, os contratos promessa e os pactos de preferência têm eficácia meramente obrigacional sendo apenas oponíveis ao devedor da relação creditícia. Porém, os contratos promessa e pacto de preferência celebrados em obediência aos artigos 413.º e 421.º do CC são oponíveis a sujeitos estranhos à relação creditícia, a terceiros. Ambos os preceitos exprimem o regime excecional da eficácia externa da relação creditícia, recusando-a como regra geral²⁰⁸. Ou seja, o terceiro não é, em regra, obrigado a respeitar a relação contratual²⁰⁹.

²⁰⁵ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Maio de 2011, p. 973 e 974 e ainda Coletânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, ano X, tomo I, 2002, pp. 139-142.

²⁰⁶ MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *A eficácia externa das obrigações, Entendimento da doutrina clássica*, in Revista de Legislação e Jurisprudência N.º 3986, p. 132.

²⁰⁷ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Maio de 2011, p. 975.

²⁰⁸ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Maio de 2011, p. 973 e 974 e ainda PEREIRA COELHO, Francisco Manuel, *In Obrigações. Sumários das lições ao curso de 1966/1967*, cit.p.70.

²⁰⁹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit., p.122. Em sentido oposto, MARGARIA MARIA MATOS CORREIA AZEVEDO DE ALMEIDA, *Responsabilidade civil do banqueiro...*, cit., pp. 95-99.

O terceiro argumento invocado funda-se no artigo 495.º, n.º 3 do CC. O autor da agressão da qual resultou a morte ou lesão corporal do devedor de alimentos é um sujeito estranho à relação obrigacional existente entre o devedor e o credor de alimentos. Embora seja estranho à obrigação de alimentos existente o autor da agressão – terceiro – tem o dever de indemnizar “aquele que podia exigir alimentos ao lesado ou aqueles a quem o lesado os prestava no cumprimento de uma obrigação natural”²¹⁰.

Por imperativo dos bens jurídicos vida e dignidade da pessoa humana, o artigo 495.º atribui eficácia externa à relação obrigacional entre o credor e o devedor de alimentos. Estamos, igualmente, perante um regime excecional que em virtude da importância dos bens jurídicos suprarreferidos justifica um efeito externo da relação obrigacional²¹¹.

Já que no diz respeito aos artigos 794.º e 803.º do CC cujos preceitos consagram o instituto do *commodum* de representação em que atribuem ao credor o direito de sub-rogar nos direitos do devedor contra terceiro nas hipóteses de impossibilidade da prestação não imputável ao devedor e, por seu turno, o artigo 803.º do CC concede o mesmo direito nas hipóteses de impossibilidade de prestação imputável ao devedor²¹².

Nas palavras de ANTUNES VARELA, “só quando haja direito de indemnização ou qualquer outro direito de crédito do devedor contra terceiro, o credor pode sub-rogar-se nos direitos daquele – solução que só pode servir para reforçar a ideia de nenhum direito autónomo se quer conferir ao credor contra terceiro”²¹³.

Em contraponto ao que foi dito, alegam os precursores da eficácia externa que o artigo 483.º, n.º 1 do CC atribui ao credor um direito autónomo contra o terceiro pela violação da obrigação passiva universal de não ingerência no direito de crédito²¹⁴. Contudo, cremos em linha com os defensores da teoria clássica, que os artigos 794 e 803.º do CC concedem ao credor um direito não autónomo de sub-rogar no exercício dos direitos do credor²¹⁵.

²¹⁰ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Maio de 2011, p. 976.

²¹¹ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Maio de 2011, p. 976 e ainda FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *Obrigações, sumários das lições ao curso de 1966/1967*, Coimbra, pp. 86-87.

²¹² NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Maio de 2011, p. 976.

²¹³ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, cit., p. 180.

²¹⁴ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Maio de 2011, p. 977.

²¹⁵ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, cit., p. 180.

Por último, o quinto preceito – o artigo 1306.º do CC – “não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional”.

O preceito acima citado consagra o princípio da tipicidade ou da taxatividade dos direitos reais. Como do próprio preceito resulta toda a restrição destes, não prevista na lei, tem índole obrigacional²¹⁶. É assim fechado o universo dos direitos reais, oposto ao princípio da autonomia privada, princípio basilar do direito das obrigações com especial manifestação na liberdade contratual – artigos 398.º e 405.º do CC²¹⁷.

Tal restrição assenta em imperativos de segurança no tráfico jurídico. Os direitos reais têm como lado passivo uma obrigação passiva universal proveniente da sua eficácia absoluta. Na verdade, para além da limitação dos tipos de direitos reais tipificados na lei, a publicidade desses direitos e a coincidência entre o registo publico e a situação jurídica real dos bens (bens imóveis ou móveis sujeitos a registo) são mecanismos consagrados no ordenamento para que os potenciais interessados não sejam apanhados de surpresa pela invocação dos direitos por terceiros²¹⁸. Permitir a criação de direitos reais de acordo com a vontade dos sujeitos atuantes no tráfico jurídico-negocial conduziria a multiplicação e indeterminação de situações reais²¹⁹. A consagração de um sistema fechado, como aqui o deslumbramos, assenta na inibição de constituição de situações socioeconómicas inconvenientes que permitiriam a criação de ónus ocultos.²²⁰

Ao aceitarmos a teoria da eficácia externa das obrigações violaríamos a intencionalidade invocada, com a conseqüente violação do princípio da unidade do sistema jurídico.²²¹

Nas palavras de RUI DE ALARCÃO “eliminando as diferenças entre direitos de natureza obrigacional e os direitos de natureza real, a teoria do efeito externo esvaziaria de todo e qualquer interesse, de todo e qualquer sentido útil, a distinção entre os dois tipos de restrições ao direito de propriedade:” admitir tais restrições não especialmente previstas, a que, por

²¹⁶ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições*, cit., p. 121.

²¹⁷ RUI PINTO e CLÁUDIA TRINDADE, *Anotação ao artigo 1306.º do Código Civil, Código Civil Anotado*, Vol. II (artigos 1251.º a 2334.º do C.C), coordenação Ana Prata, 2007, Almedina, pp.98-99.

²¹⁸ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I., cit., p. 181.

²¹⁹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições*, cit., p. 122.

²²⁰ RUI PINTO e CLÁUDIA TRINDADE, *Anotação ao artigo 1306.º do Código Civil, Código Civil Anotado*, Vol. II (artigos 1251.º a 2334.º do C.C), coordenação Ana Prata, 2007, Almedina, pp.98-99.

²²¹ RUI PINTO e CLÁUDIA TRINDADE, *Anotação ao artigo 1306.º do Código Civil, Código Civil Anotado*, Vol. II, e ainda MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições*, cit., p. 122.

isso mesmo, se atribuiu natureza obrigacional, se pudessem impor a terceiros, nos termos propugnados, pela teoria do efeito externo, seria esvaziar de sentido útil, frustrando em larga medida, as razões que estão na base da sua consagração” (dos princípios da tipicidade e da taxatividade dos direitos reais)²²².

A estas situações somam-se aquelas em que um terceiro impediu o cumprimento do dever de prestar por ter agido com abuso de direito.

Os direitos de crédito não estão sujeitos à rigidez dos princípios da taxatividade ou tipicidade que subjazem aos direitos reais. Como tal, não beneficiam da notoriedade social típica, nem possuem a visibilidade dos direitos reais, nem decorre nenhuma obrigação em conhecê-los ou em indagar a sua existência pelo que seria um grave entrave à circulação de bens e ao tráfego jurídico caso o seu conhecimento fosse exigido.

Na verdade, em ambos os casos a eficácia interna e externa das obrigações funda-se na violação do crédito – o dano.

De facto, a diferença de abordagem relativa a um dano entre aqueles que propõe a eficácia externa e aqueles que defendem uma posição clássica- o efeito *inter partes* do direito de crédito – é simplista: qual o critério de imputação jurídica adotar perante um dano provocado por terceiro? Se os defensores da eficácia externa propõem o critério da causalidade adequada, responderão os defensores da teoria clássica com o instituto do abuso do direito. Por fim, invocamos a tutela existente conferida aos direitos de crédito em contraposição à existente dos direitos reais²²³.

Para além, da ressarcibilidade dos direitos de crédito, em sede de responsabilidade contratual, os direitos de crédito beneficiam dos meios de defesa gerais do património constantes nos artigos 605.º e ss. do CC: o arresto, que antecede à penhora, e ainda a impugnação pauliana que permite ao credor intervir na esfera jurídica patrimonial de terceiro para ressarcir o seu direito de crédito.

Exclui-se, deste modo, a transposição da tutela aquiliana para os direitos de crédito, porque se reconhece que o legislador instituiu modelos diversos e autónomos de tutela, no sentido de lhe corresponderem teologias ou valorações distintas²²⁴.

²²²RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, cit., p. 87 e NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Maio de 2011, p. 978.

²²³ MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *A eficácia externa das obrigações, Entendimento da doutrina clássica*, in Revista de Legislação e Jurisprudência N.º 3986, p. 134.

²²⁴ MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *A eficácia externa das obrigações, Entendimento da doutrina clássica*, in Revista de Legislação e Jurisprudência N.º 3986, pp. 134-136.

Desta feita, parece-nos que a interferência com o objeto da prestação não pode ser interpretado como um comportamento ilícito, recusando-se, deste modo a responsabilidade de terceiro pela perturbação do crédito²²⁵.

Para imputar essa responsabilidade a terceiro, a doutrina propõe como critério o abuso de direito. Este instituto tem a capacidade de atender aos casos mais graves em que a conduta do terceiro se revele particularmente chocante e censurável²²⁶. Neste sentido, nas palavras de MANUEL DE ANDRADE “só nalguns casos particularmente escandalosos – quando o terceiro tenha tido a intenção ou pelo menos a consciência de lesar os credores da pessoa diretamente ofendida ou da pessoa com quem contrata – é que poderá ser justificado quebrar a rigidez da doutrina tradicional. Porventura poderá servir-nos aqui a teoria do abuso do direito, entendida em largos termos, ou o princípio segundo o qual toda a lesão de interesses quando imoral, obriga a indemnização”²²⁷.

Neste sentido, para o preenchimento do instituto do abuso de direito, a doutrina usa como critérios o conhecimento por parte do agente que induz o inadimplemento, a vinculação comercial firmada entre o agente e o devedor da prestação e por fim, o conluio existente entre ele o devedor no sentido de lesar o credor da prestação²²⁸.

2.4 A TITULARIDADE DO DIREITO À INDEMNIZAÇÃO NA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL E NA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

Em resultado da carência de um preceito que consagre expressamente um círculo delimitador de sujeitos a quem cabe o direito à indemnização pela exposição a eventos

²²⁵ Neste sentido, veja-se MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade...*, cit., p. 101.

²²⁶ MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *A eficácia externa das obrigações, Entendimento da doutrina clássica*, in Revista de Legislação e Jurisprudência N.º 3986, p. 132.

²²⁷ MANUEL DE ANDRADE, *Direito das obrigações*, cit., pág. 53, nota de rodapé n.º 2.

²²⁸ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit., p.122. e ainda VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, e FERRER CORREIA; *efeito externo das obrigações, abuso de direito, concorrência desleal*, In Revista de direito e economia, cit, p. 12. Aqui impõe-se-nos uma ressalva: apesar dos autores serem adeptos da eficácia externa das obrigações, propõem e convergem com a doutrina clássica, na aplicação do abuso de direito como critério de responsabilização. Ao passo que os adeptos da eficácia externa das obrigações propõem o critério da causalidade adequada enquanto critério de responsabilização do terceiro e ainda, MARIA GABRIELA PÁRIS FERNANDES, *Sobre a reparação do dano moral no domínio do código civil de 1867 e a titularidade do direito à sua indemnização*, Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do Curso de Mestrado em Direito, à Faculdade de Direito da Universidade Católica <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8948/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado.pdf> pp.2 e ss.

danosos no âmbito da responsabilidade extracontratual, e por imperativos de previsibilidade e segurança no tráfico jurídico a dogmática propôs o seguinte critério: em princípio, é detentor do direito a ser ressarcido o titular do direito absoluto ou do interesse imediatamente lesado pela violação da disposição legal²²⁹.

Nas palavras de GABRIELA FERNANDES não poderiam “ reclamar indemnização outro sujeitos (terceiros) que tenham igualmente sofrido um dano na sua esfera jurídica, resultante do mesmo evento lesivo, mas que detêm um mero interesse de facto, não tutelado pelo direito, ou são titulares de um direito ou de um interesse juridicamente protegido impenível ao lesante”²³⁰.

Assim, um condutor de automóvel que atropela um jogador de futebol terá que o indemnizar por todos os prejuízos e lucros cessantes resultantes das lesões sofridas, porém, o próprio clube desportivo ao qual o jogador está vinculado profissionalmente não terá direito a ver ressarcidos os danos causados pela privação do jogador de futebol por tempo indeterminado²³¹.

Com efeito, à semelhança do ordenamento jurídico alemão, o nosso ordenamento jurídico não consagra um direito à integridade do património, cuja violação possa ressarcir o lesado²³².

Assim, os danos causados a terceiros, sem a violação de um vínculo obrigacional ou paraneocial, e sem infração de nenhum dever geral de abstenção ou omissão, que a doutrina d germânica, têm dado a designação de danos patrimoniais puros, não encontram cobertura na responsabilidade aquiliana²³³.

No entanto, em algumas hipóteses práticas o legislador afastou-se do critério geral concedendo o direito de indemnização a terceiros mediata ou reflexamente atingidos, como decorre das disposições consagradas nos artigos 495.º e 496.º do CC.

²²⁹ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, cit., pp. 620-621. E ainda LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, Vol. I, Introdução da constituição de obrigações, 2ª Edição, 2002, Almedina, pp. 378-379. Veja ainda JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, pp.526 – 529.

²³⁰ MARIA GABRIELA PÁRIS FERNANDES, *Sobre a reparação do dano moral no domínio do código civil de 1867 e a titularidade do direito à sua indemnização*, Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do Curso de Mestrado em Direito, à Faculdade de Direito da Universidade Católica <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8948/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado.pdf>

²³¹ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, Vol. I, introdução da constituição de obrigações, 2ª Edição, 2002, Almedina, pp. 378.

²³² JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., p.. 620-621.

²³³ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., pp. 620-621.

O artigo 495.º do CC versa, como faz menção a própria epígrafe, sobre a indemnização devida a determinados terceiros por danos patrimoniais que resultem de morte ou lesão corporal de outrem ²³⁴. Neste sentido, o artigo 495.º atribui o direito de indemnização a terceiros pelas despesas feitas para salvar o lesado, assim como atribui pelo n.º 2 o direito de indemnização aqueles que prestaram socorro no seu salvamento, assistência e tratamento. O desvio ao princípio geral encontra a sua justificação no imperativo de tutelar os bens jurídicos vida e integridade física através da promoção de comportamentos de socorro e tratamento da vítima²³⁵.

Por seu turno, o n.º 3 do 495.º do CC consagra ainda, como desvio ao princípio geral, direito de indemnização àqueles que podiam exigir alimentos ao lesado e aqueles a quem este o prestava, nomeadamente ao cônjuge, seus descendentes, ascendentes, irmãos e sobrinhos nos termos do artigo 2009.º do CC contra o lesante – responsável pela morte ou lesão corporal do sujeito obrigado a dar alimentos. Neste sentido justifica-se o referido desvio por razões de tutela dos bens jurídicos da vida, mas sobretudo, a proteção da dignidade da pessoa humana, segundo imperativos de solidariedade e a sobrevivência do seu credor²³⁶.

Já que no diz respeito ao ressarcimento de danos não patrimoniais o artigo 496.º do CC afastou-se igualmente do princípio geral quanto à delimitação dos danos, quer à determinação dos sujeitos com direito à indemnização. Na senda da solução proposta por VAZ SERRA nos trabalhos preparatórios do Código de 1967, o legislador ordinário optou por recorrer a uma cláusula geral. Deste modo, não circunscreveu a ressarcibilidade de tais danos a hipóteses legalmente expressas. Considerou, assim, consagrar apenas um requisito específico enquanto condição de admissibilidade: que o facto danoso se revista de gravidade tal que mereça a tutela do direito, deixando deste modo a tarefa de seleção e apreciação dos danos não patrimoniais a cargo do julgador²³⁷. Esta opção distingue-se claramente de outros sistemas ressarcitórios entre os quais o alemão e o italiano que consagram um princípio de tipicidade de reparação desta modalidade de danos ou prejuízos²³⁸.

²³⁴ GABRIELA PÁRIS FERNANDES, *Comentário ao código civil, direito das obrigações, das obrigações em geral*, Universidade Católica Editora, 2018, p.342.

²³⁵ GABRIELA PÁRIS FERNANDES, *Comentário ao código civil, direito das obrigações, das obrigações em geral*, Universidade Católica Editora, 2018, p.342.

²³⁶ ²³⁶ GABRIELA PÁRIS FERNANDES, *Comentário ao código civil, direito das obrigações, das obrigações em geral*, Universidade Católica Editora, 2018, p.344.

²³⁷ GABRIELA PÁRIS FERNANDES, *Comentário ao código civil, Direito das obrigações, das obrigações em geral*, Universidade Católica Editora, 2018, p.344.

²³⁸ DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito comparado*, vol. II, obrigações 2017, Almedina, pp.282-292.

CAPÍTULO III

III. OS ELEMENTOS DA LIQUIDAÇÃO DO DANO DE TERCEIRO

3.1 O CONCEITO DE DANO

Analisado e definido o quadro da ilicitude extracontratual, passemos para análise das questões do dano e sua deslocação para a esfera de terceiro. De facto, outro dos pressupostos que aqui assume especial relevância, para além da ilicitude, é a existência de um dano. Assim, dediquemos a nossa atenção e debruçemo-nos sobre o dano traduzido nas potenciais perdas deslocadas para a esfera jurídico-patrimonial terceiro.

Partindo da confluência de duas esferas^{239 240}: de uma geral em que se deduz o valor patrimonial do bem tutelado pelo direito – de um conjunto de potenciais faculdades inerentes ao conteúdo do direito – e de uma esfera particular onde o titular possui uma margem de conformação pela qual efetiva e se propõe a realizar as faculdades e utilidades que lhe são inerentes esboçamos o conceito de dano²⁴¹ -

Sendo condição imprescindível para que haja uma obrigação de indemnizar, o dano é “*fruto de uma intervenção (ilícita e culposa) de um estranho na esfera de domínio concedida pelo direito.*”²⁴² – para mais, consubstancia-se numa – “*lesão ou prejuízo, sob a forma de destruição, subtração ou deterioração de um certo bem*”²⁴³ ou ainda “*como lesão de bens juridicamente protegidos do lesado, patrimoniais ou não, ou simplesmente uma desvantagem de uma pessoa que é juridicamente relevante por ser tutelada pelo Direito*”²⁴⁴. Destarte, o devedor da relação obrigacional complexa terá de reintegrar no património do lesado as utilidades que eram objeto de tutela jurídica²⁴⁵.

²³⁹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao Nexo de Imputação...*, cit., p. 1403 e ainda PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...* p. 810, aflora uma temática dualista do dano (dano direito ou 2 imediato e dano indirecto ou mediato) e ainda apud, WALTER WILLBURG, “*Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung*”, *Jehring's Jahrbucher fur die dogmatik des burgelichen Rechts*”, vol. 81, 1931, p. 51 e ss. JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro...*, cit., p.314 e ainda FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Contrato e liquidação de terceiro...*, cit., p. 215.

²⁴⁰ Em sentido crítico Pereira Coelho, *O problema da causa virtual*, apud MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de imputação...* cit. pp. 1404 e ss.

²⁴¹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao Nexo de Imputação*, cit., pp. 1404. Ss.

²⁴² MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao Nexo de Imputação*, cit., pp. 1402.

²⁴³ FRANCISCO PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual...*, cit., p.188.

²⁴⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações, II*, cit., pp. 283 e 300.

²⁴⁵ LUÍS MANUEL TELES MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, cit., p. 334.

Em ordem às definições *supracitadas*, depreende-se que o conceito de dano surge de “mãos dadas” com o pressuposto de ilicitude, pressupostos, que no nosso entender devem ser claramente destrinchados²⁴⁶.

Como adverte MAFALDA MIRANDA BARBOSA “uma coisa é a lesão do bem jurídico em si mesmo – que se traduz na ilicitude; outra é a repercussão negativa que essa lesão comporta na esfera jurídica do lesado”. Assim “o que sobressai é o dano como repercussão negativa do comportamento ilícito – consequência negativa que se faz sentir a dimensão material espiritual ou moral que é tutelada subjetivamente ou objetivamente. Ora, é exatamente este o cerne da compreensão da categoria dano”²⁴⁷.

Para proceder ao cômputo do dano, são chamadas à colação as tradicionais distinções entre danos emergentes e lucros cessantes e, por último, digna de maior desenvolvimento, a distinção entre dano patrimonial e dano real.

A própria noção de dano encerra em si a necessidade de diferenciarmos o dano real, por um lado, e o dano patrimonial por outro.

Sendo o dano patrimonial um puro reflexo do dano real – “enquanto o último constitui perda *in natura* que o lesado sofreu e consequência de certo facto que se pode consubstanciar na destruição, deterioração de certa coisa corpórea ou incorpórea”²⁴⁸ o dano patrimonial constitui uma manifestação “da violação de um interesse juridicamente tutelado”²⁴⁹ nasce como repercussão pela produção do dano real, sendo um puro reflexo da situação patrimonial do lesado. Ainda dentro do dano patrimonial cabe o dano emergente e o lucro cessante e o dano de cálculo²⁵⁰.

O dano patrimonial é aferido pela diferença entre a situação real atual do lesado e a situação hipotética em que ele se encontraria se não fosse o ato lesivo²⁵¹ - que aflora num interesse positivo ou no cumprimento em resultado do incumprimento do programa negocial. Destarte, consagrada no artigo 566.º, nº 2 do CC, a fórmula da diferença, acima enunciada,

²⁴⁶ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *In Lições...*, cit., p. 298.

²⁴⁷ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *In Lições...*, cit., p. 300.

²⁴⁸ ANTUNES VARELA, *Das obrigações geral*, cit. vol. I, cit., p. 598.

²⁴⁹ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I cit., pp. 598 e ss.

²⁵⁰ Dano real enquanto perda *in natura* por contraposição ao dano de cálculo, a uma pura avaliação económica ou contabilística do dano, Vide, PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual...*p.542 ou ainda F. PEREIRA COELHO, “pode dizer-se que o dano real e o dano de cálculo não são realidades autónomas, antes duas perspectivas diversas da mesma realidade, p. 14, por fim, VAZ SERRA, “ o dano de cálculo “ é a expressão monetário do dano real”, *Obrigação de indemnizar...*, p.14.

²⁵¹ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral...*cit., p. 599.

como fórmula de cálculo do dano patrimonial encontra-se em efetiva superação por não corresponder às reais e efetivas necessidades do lesado – leia-se do terceiro: revela-se como um conceito inadequado de dano e um método insuficiente para a sua determinação que esconde as considerações teleológicas ou valorativas decisivas²⁵².

3.2 A DESLOCAÇÃO PATRIMONIAL

*“Ween der Glaubiger zu einem Dritten in einem Rechtsverhältnis seth, vermogue dessen das Interesse na der Leistung statt beim Glaubiger bei diesem Dritten entsanden oder nachtraglich auf den Dritten ubergegangen ist, so kann der Glaubiger den Schuldner zur Enschadingung des Dritten anhalten”*²⁵³ A passagem que aqui reproduzimos ilustra o problema que convocamos: a deslocação do dano.

É insofismável que o conceito de *deslocação do dano* ou de *transferência acidental da incidência patrimonial do dano* é o alfa e o ómega do instituto que curamos, e é torno do qual que se arquiteta e densifica o instituto da liquidação do dano de terceiro.

Essencialmente, como aponta FERNANDO OLIVEIRA E SÁ parte-se da seguinte ideia: de um dano que passa da esfera jurídica do credor para a esfera de um terceiro. É a partir daqui que se admite uma extensão subjetiva da tutela jurídica, dado que, reconhece-se a um terceiro que foi lesado por uma conduta ilícita, cujos efeitos patrimoniais *à priori* ter-se-iam repercutido na esfera do credor a possibilidade ser ressarcido²⁵⁴ pelos danos provocados pela contraparte do mesmo.

Para responder a este tipo de situações o Credor recorre à figura do *commodum* de representação (§ 285 do BGB, artigos 794.º e 803.º do CC) para deduzir uma pretensão indemnizatória por danos provocados a terceiro, alheio à relação obrigacional complexa, ficando o credor, posteriormente, vinculado a transferir o produto indemnizatório para o

²⁵² MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexu de imputação...cit.*, 1404 e ss.

²⁵³ Apud HANS TARGET, *Die Geltendmachung*, p. 36 in FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Contrato e liquidação de terceiro...*, cit., p. 215.

²⁵⁴ APUD, FERNINAND REGELSBERGER, *Ersatzpflicht aus Vertragen fur den Schaden, den durrch Vertragsbruch ein Dritter erleidet*, *JhJb. 1900*, p. 253, advoga que a deslocação do dano passa por impor ao devedor ao devedor uma sanção, posição que não podemos acompanhar, ao devedor cabe a reparação dos danos provocados a terceiro, o que conduz uma conceção única e exclusivamente ressarcitória da responsabilidade civil, in FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Contrato e liquidação de terceiro...*, cit., p. 215.

terceiro, enquanto verdadeiro lesado²⁵⁵. A utilização da expressão *verdadeiro lesado* não é vã. Uma vez que o dano, assim interpretado, é ficcionado na esfera do credor para que o mesmo seja digno de tutela e de liquidação, dado que o terceiro não é detentor de uma pretensão contratual autónoma contra o lesante^{256 257}. Como aponta NEUNER, o dano que se desloca tem de ser tipicamente previsível sem a intervenção de um terceiro no contrato²⁵⁸. Caso não se verifique esta condição, isto é, se o dano surgisse apenas com a intervenção de um terceiro alheio à relação o dano nascia única e exclusivamente com a sua intervenção, o que impediria que o mesmo se deslocasse da esfera jurídica do credor da relação obrigacional primitiva para um terceiro-lesado. Ademais, a medida e extensão dano deslocado para a esfera de um terceiro não implica uma similitude do dano que ficticiamente opera na esfera do credor²⁵⁹, uma vez, que estas podem produzir efeitos patrimoniais distintos na esfera do credor ou de terceiro, sendo essencial chamar a colação a identidade do dano, avaliado pela diferença entre o dano fictício do credor e o dano real²⁶⁰ do terceiro²⁶¹.

Seguindo os comentários tecidos por FERNANDO DE OLIVEIRA E SÁ, sobre esta matéria somos remetidos para a chamada *possibilidade de cálculo de risco*. Sendo o risco uma pura desvantagem patrimonial a cargo de um dos sujeitos da relação jurídica, o credor poderá prever o conjunto de potenciais condutas que possam lesar a relação obrigacional.

Digamos que a partir de uma avaliação qualitativa dos danos, podemos afirmar com toda a veemência, que os danos são mesmos, quer operem na esfera do credor, quer na esfera do terceiro – lesado.

²⁵⁵ O *Commodum* da representação será desenvolvido no 4.º capítulo do presente escrito.

²⁵⁶ Por força do princípio da relatividade dos contractos e do Dogma do interesse do credor, supra referido, p.3.

²⁵⁷ “A possibilidade de liquidação do dano a terceiro surge do reconhecimento da frequente não coincidência entre os efeitos jurídicos das relações e interações entre as partes num contrato.” vide JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro...*, cit., p.313

²⁵⁸ Apud JORGE NEUNER, *Der Schtz*, p. 131 “*Eine Drittschadensliquidation kommt nur in Betracht, wenn anstelle der Drittschadigung Rechtsguter des glaubigers verletzt worden waren*”. in FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Contrato e liquidação de terceiro...*, cit., p. 215

²⁵⁹ FERNANDO DE OLIVEIRA E SÁ, ob., cit., pp. 216 e 230.

²⁶⁰ O dano real constitui um puro reverso do dano patrimonial.

²⁶¹ Em sentido crítico, Vide em, apud FRANK PETERS, *Zum problema der Drittschadensliquidation, AcP*, Heft 4, 180, 1980, p. 352, em linhas gerais o autor advoga que o dano a ser ressarcido seria limitado ao dano fictício do credor, “ a determinação do dano indemnizável através de um terceiro constituía a quebra de uma expectativa do devedor”. No mesmo sentido, HEINRICH DORNER, *Dynamische Relativitat*, Muchen, 1985, p. 259. Posição que não podemos sufragar, na medida em que o dano tem repercussões diferentes em esferas jurídicas distintas, ao estarmos a ressarcir um dano, que não salvaguarda as reais e efectivas necessidades do lesado, não cumprimos o intento da própria responsabilidade, ao adotar tal conceção negamos as linhas da justiça e ressarcibilidade dos danos pelo qual a responsabilidade civil se deve pautar, in FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Contrato e liquidação de terceiro...*, cit., p. 218.

Na liquidação do dano de terceiro o credor, liquidatário, aufero o produto indemnizatório, proveniente da esfera patrimonial do devedor para reparar um dano que se deslocou para a esfera jurídica de terceiro, dano esse que, eventualmente, produzir-se-ia na esfera jurídica do credor – não sendo posto em causa o postulado da *possibilidade de cálculo de risco*. Portanto, a contraparte do credor, após o evento danoso, fica vinculada a ressarcir os danos causados, independentemente na esfera em que produz não saindo frustrada a possibilidade de cálculo do risco²⁶².

De facto, em virtude do inadimplemento dos deveres contratuais a que o devedor está efetivamente sujeito é despoletada a obrigação de indemnizar o terceiro-lesado, como dever secundário, que como acima foi frisado é insuscetível de quantificação pecuniária.

Segundo MAFALDA MIRANDA BARBOSA, o incumprimento contratual provoca a transformação de um dever primário de prestação num dever secundário de indemnização²⁶³ que no momento de cumprimento da obrigação pode ser insuscetível de quantificação²⁶⁴.

O que legitima a medição do dano de terceiro é o facto de o devedor nunca ser responsável por um dano que não pudesse ser causado ao credor. Transpondo para a realidade jurídico-prática os deveres são os mesmos e a álea é a mesma, quer seja medida na pessoa do credor ou do terceiro. O terceiro poderia substituir-se ao credor porque a sua pretensão indemnizatória é limitada pelo conceito de *transferência accidental da incidência patrimonial do dano*, nunca seria qualitativamente diferente da do credor. Os danos que o terceiro pode reclamar são qualitativamente os mesmos que potencialmente poderiam atingir o credor.²⁶⁵

Diversamente o quantum indemnizatório variará consoante o ângulo que vislumbremos a questão, se na esfera do credor ou na esfera de terceiro. Debrucemo-nos agora sobre a seguinte hipótese: “*Se A vender a B, libertando-se do risco quando lhe envia a coisa objecto de lesão (uma vez que o risco conta pelo comprador), que B por sua vez, revendeu com lucro a C, o lucro da revenda de B não é considerado se se medir o dano na perspectiva de A;*

²⁶² Como aponta a doutrina, FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Novas tendências...*, cit., p. 217, nota de rodapé n.º47 apud RUDOLF REINHARDT, *Der Ersatz des Drittschadens*, Mannheim, Berlim, Leipzig, 1933, p. 129. LUDWIG ENNECCERUS/ HEINRICH LEHMANN, fazem referência a um dado interessante, “desnecessidade do conhecimento por parte do devedor de que está causar danos a um terceiro”.

²⁶³ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit., p. 405.

²⁶⁴ “Quando se vinca uma plena ineficácia externa das obrigações como premissa para defender o cálculo da extensão dos danos como referência do credor, nada de relevante se acrescenta que sustente este imperativo, o quantum da responsabilidade é aleatório, *a priori*, inquantificável.” Vide, FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Novas Tendências...* p. 219, aponta como critério comparativo o instituto de cessão de créditos.

²⁶⁵ Vide, FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Contrato e liquidação in Novas tendências...*, cit., p. 219 e ss. ainda JORGE MATTAMOUROS, *Contrato e liquidação do dano de terceiro...*, cit., pp. 318 e ss.

*diversamente, for relevante a esfera de B, o dano a ressarcir aumenta com a margem de lucro que B obteria na relação com C*²⁶⁶. Pode colocar-se a situação inversa “...o dano pode reduzir – se pela consideração da posição de um terceiro, (a revenda foi efectuada com prejuízo) e o lesante pode invocar que o dano de terceiro liquidado pelo credor, foi inferior ao que este teria sofrido”²⁶⁷.

Por isto podemos afirmar que no âmbito da liquidação do dano de terceiro as dificuldades suscitadas pela aplicação da teoria da diferença conduzem a resultados insatisfatórios. Questões como a indemnização do dano, da perda do uso, relevância da causa virtual ou da compensação de vantagens são questões que a tese Momsen não contempla.

Uma das questões que invariavelmente a teoria da diferença enfrenta é o da explicação da indemnização pela perda de uso. A obrigação de indemnizar por equivalente, visto que a reconstituição em natural não é possível, coloca-se quando o lesado fica privado do uso do bem e não recorreu ou não lhe foi cedido um sucedâneo²⁶⁸.

Embora não querendo aprofundar o tema, a doutrina mostra-se favorável a uma indemnização pela privação do uso, uma vez que o proprietário fica inibido de fruir todas as faculdades inerentes ao uso do bem. Ademais, as faculdades de uso ou vantagens provenientes do uso do bem são suscetíveis avaliação em dinheiro. Um dos critérios avançados pela jurisprudência alemã para o cálculo do dano da privação do uso consiste na seguinte exigência: que o bem fosse um bem económico de relevância geral e central para a condução da vida, bem como o uso do objeto comercial: o dano da privação do uso aqui sintetizado é um prejuízo resultante da falta de utilização de um bem que integra o património, avaliável em dinheiro, materializado num dano patrimonial^{269 270}.

Para avaliação deste dano deve atender-se às circunstâncias concretas como a distinção entre uma utilização pessoal ou em que o lucro profissional cessante pode servir como critério de medida se as vantagens de gozo forem indispensáveis para o alcançar²⁷¹, como aponta S.

²⁶⁶ Hipótese retratada em PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...*, cit., p. 807, nota de rodapé n.º2263 que demonstra complexidade da questão.

²⁶⁷ Hipótese retratada em PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...*, cit., p. 807, nota de rodapé n.º2263.

²⁶⁸ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...*, cit., p. 568.

²⁶⁹ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*. I, p. 697 “há que proceder no dano da perda de uso a um cálculo em termos reais” existindo a “dificuldade de aplicação da teoria da diferença”.

²⁷⁰ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*. I, cit., p.578.

²⁷¹ Apud S. Wurthwein. Schadensersatz für verlust Nutzungsmöglichkeit.. pp 444, apud DIETER MEDICUS, *Die Identität* p.621, FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, , *Contrato e liquidação de terceiro...*, cit., p. 243 e ainda JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro no direito civil português*, RDFUP, III; 2006.

WURTHWEIN. É de destacar ainda que mesmo reportada à perda das concretas vantagens de uso, a fórmula da diferença não consegue abarcar um conjunto de situações patrimoniais afetadas, quer pela incapacidade de ser projetada na equação da teoria da diferença, perdendo – se os seus traços no lapso temporal e o evento lesivo de tal projeção. O dano da privação do uso parece, pois, exigir uma compreensão de dano também a partir do dano real, e não apenas reduzido à diferença entre situações patrimoniais.

Colocada a questão para aferir a medida ou quantum indemnizatório na esfera do credor ou na esfera jurídica do terceiro, compreendemos que essa aferição passará pela diferença quantitativa entre o mesmo dano avaliado na esfera jurídica do credor ou de terceiro²⁷². É de realçar que apesar de defender um aumento do risco, este não se traduz num aumento do domínio de responsabilidade do lesante (devedor).

3.3 O PROBLEMA DO PONTO DE VISTA DO PREENCHIMENTO DA RESPONSABILIDADE

Das diversas propostas que a dogmática apresenta sobre o conjunto de pressupostos da responsabilidade civil entre as quais veja-se a proposta de PESSOA JORGE que limita a responsabilidade civil à verificação de dois pressupostos - o ato ilícito que comporta um conceito mais amplo integrado pelo facto, a ilicitude e culpa e os prejuízos reparáveis, onde tinha assento o nexo de causalidade, estamos em crer que a proposta de ANTUNES VARELA assente no preenchimento cumulativo do facto, da ilicitude, da culpa, do dano, do nexo de causalidade entre o facto e o dano é a que continua a ter maiores seguidores por ser a mais completa e abrangente e por ser a melhor se coaduna com o espírito e letra da lei vigentes no ordenamento jurídico-civilístico português²⁷³.

Ora, no tema que aqui curamos, o problema centra-se no preenchimento do pressuposto do dano ou como advoga CARNEIRO DA FRADA o problema coloca-se na *dissociação entre o interesse e o meio jurídico de tutela*²⁷⁴.

²⁷² Apud DIETER MEDICUS, *Die Identität* p.621, vide FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Contrato e liquidação de terceiro...*, cit., p. 243.

²⁷³ Neste sentido veja-se TIAGO AZEVEDO RAMALHO, *O Princípio da relatividade contratual*, cit., p. 35. E ainda MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade Civil Delitual...*, cit., pp. 23 a 26.

²⁷⁴ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade Civil...*, cit., pp. 97-99.

Nestes termos verifica-se que “quem é titular de um interesse que foi atingido (terceiro) não dispõe de um meio de tutela ao seu alcance, e que quem dispõe de um meio de tutela (credor) não é dono do interesse afetado por determinada conduta ²⁷⁵ .

De facto, o instituto da liquidação do dano de terceiro vem responder às necessidades de tutela do terceiro, uma vez que este não é titular de uma pretensão contratual indemnizatória própria, porque se encontra alheio à primitiva relação obrigacional complexa estipulada entre credor e devedor.

Em suma, este instituto pretende dar resposta às situações a um problema de transferência accidental da incidência patrimonial do dano²⁷⁶.

Dito de um outro modo, no âmbito contratual, o credor apenas poderá exigir ao devedor uma indemnização pelos danos que ele próprio tenha sofrido na sua esfera jurídica. Neste sentido, o credor ao qual se verificam todos os pressupostos da responsabilidade civil, com exceção do dano, encontra-se inibido de exercer qualquer pretensão indemnizatória por danos provocados a terceiros sobre os quais em princípio não tem qualquer interesse²⁷⁷.

Por seu turno, o terceiro no qual se verifica o dano, é atribuída a faculdade de obter o produto indemnizatório que deriva da posição do credor através do *commodum* de representação.

Neste sentido, há uma efetiva deslocação subjetiva do dano: a ação indemnizatória é intentada pelo credor da relação obrigacional, ficando vinculado a transferir o produto indemnizatório ao terceiro. O ressarcimento dos danos é feito através da posição do credor através do *commodum* de representação. Há, portanto, uma plena ausência de uma pretensão direta do lesado contra o lesante.

²⁷⁵ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil - Responsabilidade Civil...cit.*, p. 97.

²⁷⁶ JORGE MATTAMOUROS, *a liquidação do dano de terceiro no Direito Civil Português*, pp 310 e ss.

²⁷⁷ Apud, HERMAN LANGE/GOTTFRIEDSCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, Band 1 3ed., in FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Contrato e liquidação de terceiro...*, cit., p. 243 e ainda JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro no direito civil português*, RDFUP, III; 2006 pp. 304 e ss.

CAPÍTULO IV

IV. A LIQUIDAÇÃO DO DANO DE TERCEIRO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

4.1 A COMPLEXIDADE OBRIGACIONAL

O direito à prestação, enquanto elemento imprescindível da satisfação do interesse do credor, tem como correspondente, no sentido oposto da relação jurídica, o dever de prestar²⁷⁸. É o cumprimento do dever de prestar que extingue o direito à prestação²⁷⁹.

Partimos da noção de relação obrigacional complexa, enquanto arrimo dogmático no *iter* expositivo que nos propomos discorrer.

A relação obrigacional complexa é configurada “como uma entidade dogmática diversa de uma simples soma de conglomerados de créditos e débitos, consistindo numa unitária relação da vida que sucessivamente se pode desentranhar em vários vínculos e faculdades”²⁸⁰, podendo ainda ser deslumbrada como um “quadro unitário de direitos de crédito, deveres de proteção, direitos potestativos, deveres laterais, ónus” traduzindo o círculo de vasos comunicantes²⁸¹ em que a figura do contrato assenta^{282 283}.

²⁷⁸ Vide, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, cit. p. 118 e ss. o autor ao longo do capítulo procede a uma distinção do dever de prestar em comparação com outras figuras jurídicas, afirmando –o como um dever jurídico que se diferencia do ónus e ainda do dever geral de abstenção, pp. 118 a 122.

²⁷⁹²⁷⁹ Vide, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, cit. p. 128. Como refere o autor, para além do cumprimento, que é a finalidade aqui nos importa, há diversas formas de extinção da obrigação como a prescrição, confusão, a novação, a compensação, a dação em cumprimento, a remissão, o cumprimento por terceiro, o desaparecimento do interesse do credor, a impossibilidade fortuita da prestação, etc. p. 128.

²⁸⁰Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Reimpressão, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Almedina, 2003, p. 224.

²⁸¹JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, cit. p. 118.

²⁸² Enquanto esquema obrigacional unido por um fim: o cumprimento do programa obrigacional. J. de Matos ANTUNES VARELA, *das obrigações*, pp. 118 e ss. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, cit., pp. 36 e ss. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, cit., pp. 48 e ss, JORGE RIBEIRO FARIA, *Direito das obrigações*, vol. I. cit., p.118 e ss e ainda ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, cit., pp. 586 e ss.

²⁸³ A mesma assenta num quadro unitário de direitos de crédito, deveres de prestação, direitos potestativos, deveres laterais, ónus, etc.” vide, CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Cessão...*,cit., p. 330 e ss.

Mobilizado o conceito em sede de responsabilidade civil o mesmo será basilar para enquadrar e ressarcir, no seio da responsabilidade obrigacional, hipóteses em que um dano surge no quadro de referência da contratualidade, mas não resulta exclusivamente preterição do dever de prestar entre os sujeitos que compõe a relação.²⁸⁴

Afigura-se-nos que este operador jurídico-conceitual ensaiado pela dogmática servirá de sustento na discussão que vamos empreender. Na verdade, esta *mão invisível* que trespassa a distinção entre o dever de prestar e o dever de indemnizar, enquanto fiel divisor dos quadros dogmáticos da responsabilidade civil (obrigacional e delitual) servirá de mote para que os quadros dogmáticos de tutela contratual de terceiros sejam harmonizáveis com o atual paradigma de responsabilidade contratual, uma vez que permite a extensão jurídica de certos deveres (laterais, conduta ou de proteção)²⁸⁵, criados pela disciplina contratual a terceiros, alheios ao programa contratual, mas que se encontrem próximos do círculo contratual de tal modo que sendo tais deveres preteridos conferem a terceiros uma pretensão contratual indemnizatória²⁸⁶.

A proposta conceitual que aqui curamos corresponde à problematização e resposta apresentadas pela doutrina e pela jurisprudência nas quais se refletem a doutrina do *cumprimento defeituoso da obrigação*, a *cessão da posição contratual*, e os *contratos com eficácia de proteção para terceiros*²⁸⁷.

Na verdade, as expressões “obrigação” e “relação obrigacional” espelham no seu sentido técnico jurídico o mesmo sentido técnico que a significação clássica de dever de prestação constante no artigo 397.º do CC²⁸⁸.

Desde já, avançamos que a figura da liquidação do terceiro permite não só o ressarcimento de tais deveres como ainda congrega o ressarcimento do dever de prestação.

²⁸⁴ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit., pp.409.

²⁸⁵ Cumpre-nos salientar o uso descomprometido de deveres laterais, de conduta ou de proteção que nosso entender espelham a mesma realidade no seio contratual.

²⁸⁶ CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, cit., pp. 421-422.

²⁸⁷ Vide, Carlos Alberto MOTA PINTO, *Cessão...*, cit., p.331. Acrescenta o Autor ainda, em resultado de desenvolvimento “sedimentado dum labor legiferante da doutrina e da jurisprudência, que o conceito de relação obrigacional complexa encontra o devido enquadramento “nos contratos originando créditos a termo inicial, distinção entre renúncia ou remissão de créditos e contrato abolutivo, a denúncia como forma de extinção duma relação duradoura, etc”, p.331.

²⁸⁸ Vide, Carlos Alberto MOTA PINTO, *Cessão...*, cit., p. 331., adverte que o tratamento dado aos conceitos de relação obrigacional e obrigação, não tem sido usados em sentido restritivo. Apenas são usadas como “mero dado terminológico sintético, de alcance genérico, sem uma intenção de específico rigor”.

De facto, a relação obrigacional complexa congrega no seu amago para além de um simples e simétrico dever de prestar²⁸⁹ um conjunto de elementos jurídicos (deveres e direitos) que dotados de autonomia perfazem uma realidade composta.²⁹⁰ Em ordem ao que foi dito, na dissecação do conceito, encontramos os deveres de prestação principais ou típicos. Ao seu lado estão os deveres secundários, dentro dos quais estão os deveres acessórios da prestação principal – todos os deveres cujo cumprimento se exige em nome da perfeita execução da prestação principal²⁹¹ - os deveres relativos a prestações substitutivas ou complementares da prestação principal resultantes da mora, do incumprimento defeituoso, ou ainda o dever de indemnizar pelo incumprimento *tout court*. Para além dos deveres principais e secundários, atendemos ainda aos deveres laterais. Destarte, enquanto os primeiros correspondem a uma ordenação de interesses que é instituída negocialmente²⁹² cuja realização se pretende alcançar enquanto fim determinante do vínculo obrigacional²⁹³, os segundos concretizam-se através do princípio da boa-fé, artigo 762.º do CC, impondo uma atuação honesta, correta e leal de modo a que a transmissão de bens ou a prestação de serviços operada pelas partes não lese os interesses do credor, nem atinga a vantagem que este pretenda extrair do prestação devida²⁹⁴, mas que lhe confira um determinado benefício²⁹⁵.

Em ordem ao que foi dito MOTA PINTO, refere, e bem, que “os deveres de conduta”²⁹⁶ não se destinam ao cumprimento da obrigação, mas caracterizam-se por “uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa ou aos bens da outra parte contra riscos de danos concomitantes”²⁹⁷. Na verdade, “servem (...) o

²⁸⁹ A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, cit., pp. 586 e ss.

²⁹⁰ A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, cit., pp. 586. E ainda vide MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, cit., pp. 36 e ss.

²⁹¹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. Responsabilidade...*, cit., p. 48.

²⁹² MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil...*, cit., p. 139.

²⁹³ Vide, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato...*, cit., p. 37.

²⁹⁴ Vide, RICARDO GASPARD DIAS, *Deveres de proteção e a fronteira entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual um problema (também) de direito internacional privado?* 2002, repositório da UCP <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16606/1/DEVERES%20DE%20PROTE%20C3%87%C3%83O%20E%20A%20FRONTEIRA%20ENTRE%20RESPONSABILIDADE%20CIV.pdf>

²⁹⁵ Vide, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato...*, cit., p. 37.

²⁹⁶ A doutrina diverge quanto à nomenclatura dos deveres aqui suscitados, se Larenz designou-os por “deveres de conduta”, já Esser denomina-os por deveres laterais e Stoll denomina-os por deveres de proteção. Apesar das diversas designações ambos exprimem a mesma realidade. Vide, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. Responsabilidade...*, cit., p. 48-49 e ainda MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de proteção...*, cit., pp. 40-41.

²⁹⁷ CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Cessão...*, cit., p. 339.

interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato, independentemente do interesse do cumprimento”²⁹⁸.

Nas palavras de CARNEIRO DA FRADA, “exprimem a necessidade de tomar em consideração os interesses justificados da contraparte (credor) e de adoptar um comportamento que se espera de um parceiro negocial honesto e leal,...(fundado) no princípio da boa fé.”²⁹⁹

Por seu turno, os deveres laterais, de proteção ou de conduta³⁰⁰, cuja índole não permite enumeração ou descrição definitivas podem ser vertidos em diversos grupos: em deveres de informação e conselho, de cooperação, de segredo, de não concorrência, de custódia e vigilância, de lealdade³⁰¹.

No mosaico de deveres aqui em crise podem distinguir-se aqueles deveres detêm uma dupla finalidade: uma finalidade positiva – “visam possibilitar o interesse prosseguido no interesse pelo credor na prestação (o fim mediato da prestação) e de que a boa-fé é suscetível de determinar” daqueles que possuem uma finalidade negativa – cuja finalidade é a tutela do credor dos perigos e dos potenciais danos na sua pessoa e património que advenham da incorreta realização da prestação.³⁰²

Na esteira de MAFALDA MIRANDA BARBOSA, os deveres acessórios e deveres de conduta distinguem-se em dois planos³⁰³: num primeiro plano os deveres de conduta podem nascer antes do surgimento do dever de prestação principal, abordando-se hoje em particular as relações obrigacionais sem deveres primários de prestação das quais são exemplo as relações pré-contratuais, a *culpa in contrahendo* (227.º do CC), *os contratos de eficácia de proteção de terceiros*, e as relações pós-contratuais – *culpa post factum finitum*³⁰⁴. Num segundo plano, como advoga a Autora, o credor não pode exigir judicialmente o cumprimento dos

²⁹⁸ Vide, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão...*, cit.,p.339.

²⁹⁹ vide, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato...*,cit.,p.39.

³⁰⁰ vide, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato...*,cit.,p.39 A doutrina diverge quanto à nomenclatura dos deveres aqui suscitados, se Larenz designou-os por “deveres de conduta, já Esser denomina-os por deveres laterais e Stoll denomina-os por deveres de proteção. Apesar das diversas designações ambos exprimem a mesma realidade. Vide, Mafalda MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. Responsabilidade*, cit., p. 48-49 e ainda Manuel CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de protecção*, cit., pp. 40-41.

³⁰¹ vide, Manuel CARNEIRO DA FRADA, *Contrato...*,cit.,p.39. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria...*,cit., p. 125 NUNO PINTOD DE OLIVEIRA, *Direito...*, p. 58, subdivide os deveres laterais em apenas três domínios: em deveres de proteção, informação e lealdade.

³⁰² Vide, Mafalda MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade...*, cit., pp. 48-49 e ainda MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de protecção*, cit., pp. 40-41.

³⁰³ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade...*,cit., p. 50.

³⁰⁴³⁰⁴ Para o efeito deveríamos convocar a referência expressa à boa-fé arts 762/2, a qual deve ser acatada por credores e devedores. Vide, A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, cit., p. 631.

deveres de conduta. Contudo, a sua violação pode dar origem a responsabilidade civil³⁰⁵. Tais deveres impendem igualmente sobre o credor, no sentido de se abster de quaisquer atos suscetíveis de tornar mais onerosa a prestação pelo devedor.³⁰⁶

Por imperativos meramente propedêuticos será então necessário perscrutar, ainda que *brevis momenta* a dogmática no sentido de saber se os deveres de proteção tiveram acolhimento no direito pátrio.

Advogam os opositores à inclusão dos deveres de proteção no âmbito da relação contratual, que a proteção dos contraentes é assegurada pela cláusula da responsabilidade civil extracontratual. Destarte, os danos pessoais ou patrimoniais experimentados, poderiam ser imputados ao agente prevaricador através da via delitual³⁰⁷. Neste sentido, seria desnecessário “ficcional” a existência de deveres de manutenção e integridade dos bens jurídicos³⁰⁸. Acresce que, segundo os opositores da inclusão dos deveres de proteção, a adoção tais deveres colocaria quebraria a unidade do sistema imputacional resultante da disciplina de imputação dos danos existente: entre o contrato (responsabilidade contratual) e o delito (responsabilidade extracontratual).

Por seu turno, os defensores da inclusão dos deveres de proteção no âmbito da relação obrigacional complexa em sentido amplo, partem da consideração de que a o contrato congrega em si não apenas a satisfação das necessidades da aquisição ou utilização de bens que se situam na esfera de disponibilidade de outrem³⁰⁹ mas também uma ordem especial de proteção dos seus bens pessoais e patrimoniais que superaria o velho borcado do *neminem laedere*.³¹⁰ Na verdade, a execução contratual é fonte de riscos e de potenciais danos nas esferas dos sujeitos que operam, riscos esses que seriam evitados ou compensados pelo cumprimento de tais deveres de proteção. Neste sentido, a violação de tais deveres

³⁰⁵ Vide, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade...*, cit., p.50. como inicialmente referimos dada a sua natureza e a sua “prévia indeterminação” não são suscetíveis de ser judicialmente exigidos, desencadeando a sua violação obrigação de indemnizar nos termos do artigo 798.º, e com ela, um dever secundário de prestação, e possibilitando a resolução do contrato” e ainda CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Cessão...*, cit., p. 403-404.

³⁰⁶ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. Responsabilidade...*, cit., pp 50.

³⁰⁷ Cfr. RICARDO GASPAS DIAS, *Deveres de proteção...*, cit., p. 8 e ss. ainda ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, cit., 636, Dário MOURA VICENTE, *da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*, p.172 e ainda OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil, teoria geral*, vol. II, p. 445.

³⁰⁸ Cfr. RICARDO GASPAS DIAS, *Deveres de proteção...*, cit., p. 8 e ss. ainda ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, cit., 636, Dário MOURA VICENTE, *da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*, p.172 e ainda OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil, teoria geral*, vol. II, p. 445.

³⁰⁹ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de proteção*, cit., p. 44.

³¹⁰ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção...*, cit., pp.44-45.

consubstanciaria na violação do acordo desenhado pelas partes e por conseguinte seria fonte de responsabilidade contratual, aplicando conseqüentemente o regime deste quadro imputacional³¹¹.

Destarte, o reconhecimento dos deveres de proteção pela doutrina alemã e francesa e pela jurisprudência como elementos constitutivos da relação obrigacional complexa³¹² traduzem em certa medida a sua ligação com o contrato estipulado³¹³. Assim a sua violação através da lesão da pessoa ou do património, representa, pela boa doutrina, um ilícito contratual sob a forma de violação contratual positiva³¹⁴.

Neste sentido, a configuração da relação obrigacional complexa enquanto um “quadro unitário de direitos e deveres” permite que possamos integrar no âmbito da responsabilidade civil o ressarcimento de danos que surgem à margem do contrato, mas que não resultem num dever de prestar³¹⁵.

De facto, através deste entendimento, a responsabilidade contratual abarcaria não só os casos de incumprimento *tour court*, de cumprimento defeituoso, como também as situações em que o dever de prestar é cumprido, mas em que os deveres de proteção são violados, ocorrendo um dano na pessoa ou no restante património do credor³¹⁶.

Deste modo, somos compelidos a concluir que alguns destes deveres podem ter como raio de incidência não apenas a tutela da pessoa e do património do credor, como também de um terceiro que se possa integrar no domínio protetor do contrato³¹⁷. É neste circunstancialismo que a dogmática propõe a figura dos contratos com eficácia de proteção para terceiros.³¹⁸

³¹¹ Vide, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção...*, cit., p. 44-45., e ainda “ *Uma terceira via no Direito da Responsabilidade Civil*, cit., p. 53 e ss.”. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão...*, cit., p. 406-411, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, pp. 123 e ss. MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, cit., p. 77 e ss, NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, cit., pp.50 e ss., e JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos...*, cit., pp. 396 e ss.

³¹² Pela discussão aqui invocada será necessário perscrutar a dogmática no sentido de saber se os deveres de proteção tiveram acolhimento no direito pátrio.

³¹³ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 43.

³¹⁴ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de proteção*, cit., pp. 40-41, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão...*, cit., p. 405, ainda MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 743-744.

³¹⁵ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit., p. 409 e ss.

³¹⁶ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit. p. 410 e ss. Neste contexto, a autor adverte para a potencialidade de um concurso de fundamentos da mesma pretensão indemnizatória, desencadeando simultaneamente responsabilidade contratual e extracontratual.

³¹⁷ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit., p. 411 e ss.

³¹⁸ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, cit., p. 411 e 412.

4.2 LIQUIDAÇÃO DO DANO DE TERCEIRO E CONTRATO COM EFICÁCIA DE PROTEÇÃO PARA TERCEIROS

Desbravando as diferentes hipóteses de garantir o ressarcimento do terceiro, alheio ao vínculo obrigacional, debruçemo-nos sobre a hipótese dos contratos com eficácia de proteção perante terceiros.

À semelhança da liquidação do dano de terceiro, como referimos no início do presente escrito, a figura do contrato com eficácia de proteção para terceiros, que deriva do contrato a favor de terceiro, foi criada para combater as dificuldades resultantes do carácter restritivo do § 831 do BGB no que respeita à responsabilidade por danos causados a terceiros³¹⁹.

De facto, esta solução jurisprudencial a aceitar é operável quando terceiro que demora na entrega, danifica ou destrói o objeto da prestação esteja atuar ao abrigo de um contrato celebrado com outrem³²⁰. Ao verificarmos esta hipótese, em que o terceiro atua ao abrigo de um contrato, seria a sua contraparte- o devedor da relação obrigacional – responsável ao abrigo do artigo 800.º do CC.

Neste sentido, seguimos o exemplo dado por MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “pense-se por exemplo no caso de terceiro ter sido por contrato, adjudicada uma empreitada. Para além do dever principal de prestação que o une ao dono da obra, existiriam, no âmbito da relação contratual (...) deveres de conduta cuja eficácia se projetaria também em relação a terceiros”³²¹.

Embora estes fossem estranhos à relação obrigacional desenhada pelas partes, ficariam abrangidos por uma esfera de proteção acrescida a que o devedor estaria adstrito³²².

Em ordem ao que foi dito, caso aceitemos esta tipologia de contratos, o terceiro seria contratualmente responsável³²³.

Analisemos, em ordem ao que até aqui foi dito, dois *leading cases*, a propósito do contrato de eficácia de proteção para terceiros (*vertrage mit schutzwirkung fur dritte*³²⁴) prolatados

³¹⁹ E. SANTOS JUNIOR, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, cit., p. 167.

³²⁰ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade...*, cit., p. 58.

³²¹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade...*, cit., p. 59.

³²² MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade...*, cit., p. 59.

³²³ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade...*, cit., p. 59.

³²⁴ E. SANTOS JUNIOR, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, cit., p. 166.

pela jurisprudência alemã, um conhecido como “*capuzul-urteil*”³²⁵ do qual resultou a sentença do BGH de 15 de maio de 1959, e ainda o “*caso do contador de gás*”³²⁶.

Principiemos pelo *leading case* “*do contador do gás*”. Uma empregada doméstica foi contratada para auxiliar a mudança de casa de um particular tendo sido ferida em virtude de uma explosão provocada por um contador de gás. Contador esse que tinha sido intervencionado por um funcionário de uma empresa de canalizações. O tribunal atribuiu à lesada (empregada doméstica) um direito à indemnização dirigida contra a empresa pela qual o canalizador laborava³²⁷.

No arresto afirmava-se “a pretensão à diligência não cabia à contraparte (empregadora da autora) mas à própria autora. Se existia uma vontade contratual nos termos do § 328 de atribuir à autora um direito directo de ação, isso deve ser averiguado a partir da finalidade do contrato. Mas esta finalidade deve abranger a vontade que as partes teriam tido se tivessem imaginado as consequências do incumprimento do contrato, independentemente de saber se tinham ou não consciência de tais possibilidades”³²⁸.

E continua “Se assim não fosse, os familiares do lesado estariam limitados a pretensões delituais, o que não corresponderia a um entendimento jurídico razoável, nem à intenção do contrato, segundo a qual os seus próximos não ficariam pior colocados perante pretensões de indemnização do que a própria parte pelo contraente. O mesmo deve valer quanto aos seus empregados domésticos, por cuja segurança física responde o seu empregador 618 BGB”³²⁹.

Passemos, agora para o segundo *leading case*: o “*Capuzul-Urteil*”. Uma empresa, atuante no ramo da metalurgia, adquiriu um produto protetor contra a ferrugem denominado por “*Capuzol*” tendo o mesmo como característica o seu carácter inflamatório. Na operação de venda do referido produto, o adquirente (a empresa), não foi informada acerca da natureza inflamatória desse produto. Autora (terceiro), trabalhadora da empresa, sofreu fortes queimaduras no decurso da aplicação do produto. Sendo certo que estaríamos aqui perante uma clara e inequívoca violação da integridade física da autora, sendo mobilizável para o

³²⁵ MARIA DA GRAÇA TRIGO, Responsabilidade civil delitual..., cit., p. 187e ss.

³²⁶ MARIA DA GRAÇA TRIGO, Responsabilidade civil delitual..., cit., p. 184 e ss.

³²⁷ MARIA DA GRAÇA TRIGO, Responsabilidade civil delitual..., cit., p. 184 e ss.

³²⁸ MARIA DA GRAÇA TRIGO, Responsabilidade civil delitual..., cit., p. 184 e ss.

³²⁹ MARIA DA GRAÇA TRIGO, Responsabilidade civil delitual..., cit., p. 184 e ss.

efeito a responsabilidade delitual, o tribunal reconheceu uma pretensão indemnizatória contra o fornecedor do produto inflamatório.

Neste arresto, foram consagrados os ditames pelo qual se regem os contratos com eficácia de proteção para terceiros, conforme se cita: “Nestes casos e em casos semelhantes, não se trata de um contrato a favor de terceiro propriamente dito, porque o devedor não está obrigado a prestar ao terceiro. Mas do devedor exige-se um comportamento que tenha em conta necessidade de protecção das pessoas que são prejudicadas através de uma prestação defeituosa ou através da falta de medidas de segurança. Certamente não é objetivo de tais contratos que todos os que sofrem danos por violação da diligência do devedor possam extrair do contrato uma pretensão a uma indemnização”³³⁰.

E continua “segundo o sentido e finalidade do contrato e segundo o princípio da boa fé, o dever de diligência e cuidado existirá, porém, relativamente a tais pessoas que, por intermédio do credor, ficam em contacto com a prestação da outra parte e cujo resultado afecta o próprio credor, na medida em que ele mesmo é obrigado à protecção e cuidado relativamente a esses terceiros, como o pai relativamente aos membros da sua família e como o empresário em relação aos seus trabalhadores, Uma vez que são co-responsáveis pelo bem e mal destas pessoas, têm interesse em que as pessoas confiadas à sua protecção não sejam lesadas pela contraparte. Esta extensão da responsabilidade do devedor contratual justifica-se porque o devedor consegue reconhecer que a contraparte confia tanto na segurança destas pessoas como na segurança do próprio credor; e ainda por se tratar de um círculo previsível de pessoas a quem esta prestação beneficia (...) neste caso, a trabalhadora – a demandante – estava no âmbito de protecção dos perigos do produto inflamável”³³¹.

O arresto supracitado, ajuda-nos a compreender os moldes em a que proposta do contrato com eficácia para terceiro assenta.

O busílis do contrato com eficácia de protecção para terceiros³³² situa-se no pleno reconhecimento que determinados vínculos obrigacionais conferem a um terceiro, ao lado

³³⁰ ³³⁰MARIA DA GRAÇA TRIGO, Responsabilidade civil delitual..., cit., p. 188.

³³¹ Vide, MARIA GRAÇA TRIGO, Responsabilidade civil delitual...,cit., pp. 188-189.

³³² Assenta no pleno reconhecimento de uma terceira via da responsabilidade civil, cujos requisitos da figura são os seguintes:” Proximidade em relação à prestação, em termos de se poder dizer que está dentro do âmbito do risco da prestação: interesse do credor na protecção de terceiro; cognoscibilidade do universo de terceiros protegidos.”, Vide, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...*,pp. 135 e ss., nota de rodapé n.º 108. A aplicação da figura toca-nos em importantes quadrantes da vida económica social atual como os danos provocados pelas agências de rating, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, A responsabilidade civil das agências de notação de risco. Para uma construção dogmática da doutrina crítica

credor, alheio à relação contratual, um âmbito de proteção a cargo do devedor. Uma vez que permite a terceiros colocarem-se sob o “guarda-chuva protetor do contrato”, podendo ao abrigo deste âmbito protetor intentar uma ação indemnizatória com fundamento na violação de um dever secundário, lateral ou de conduta, que não o dever de prestar³³³.

Neste sentido, para que a responsabilidade contratual seja mobilizada para o efeito – para o ressarcimento do dano de terceiro – é *condictio sine qua non* – a verificação dos seguintes elementos: “é necessário que o terceiro se encontre nas proximidades da prestação (leistungsnahe); que seja abrangido no âmbito dos riscos que a prestação em causa possa acarretar; é necessário que o credor, em razão da proximidade do terceiro em relação a ele (Glaubigernahe), tenha uma obrigação ou interesse especial de assegurar a proteção de terceiro³³⁴ e, finalmente, entende-se também como necessário que o devedor pudesse aperceber-se (Erkennbarkeit) de que os terceiros dada a sua proximidade com a prestação e o credor, poderiam estar abrangidos no âmbito dos riscos do contrato ou da prestação contratual”³³⁵.

Em suma, a conceção paradigmática do contrato com eficácia de proteção para terceiros assenta na ideia em que certos negócios podem albergar terceiros no seu âmbito tutelador³³⁶. Embora estes terceiros, não sejam partes no contrato, o contrato atribuiria um direito indemnizatório dos danos experimentados por terceiros, não em virtude do inadimplemento dos deveres de prestar - restritos aos sujeitos contratuais ³³⁷- mas pela violação de deveres laterais, ou de conduta, deveres esses integradores da relação contratual vista na sua globalidade.

Os exemplos paradigmáticos do figurino do contrato de proteção para terceiro provêm do contrato de arrendamento, dos contratos de transporte, de serviços médicos, do contrato de

(www.fd.lisboa.ucp.pt/resources/documents/centro/MFC%20A%20Resposanbilidade%20Civil%20das%20Ag%C3%A2ncias%20de%205rating.pdf)

³³³ E. SANTOS JUNIOR, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, cit., p. 167. Neste sentido, os deveres de prestação continuariam a produzir efeitos apenas *inter partes*. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. responsabilidade*, cit., p. 59 e ss. Deste modo não haveria uma quebra do princípio da relatividade dos contratos, já que os efeitos do contrato de proteção de terceiros incidiria sobre os deveres de proteção e não sobre os deveres de prestação. A este propósito vide, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção...*cit. p. 103.

³³⁴ Como decorre das relações familiares entre pais e filhos ou entidade patronal e os seus trabalhadores, vide E. SANTOS JUNIOR, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, cit., p. 168.

³³⁵ E. SANTOS JUNIOR, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, cit., p. 166.

³³⁶ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via” ...*, cit., p. 89

³³⁷ Com a exceção legal do contrato a favor de terceiro, a este propósito vide, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA *Uma “terceira via” ...*, cit., p. 89.

empreitada dos quais têm sido reconhecidos caberem ao senhorio, ao transportador, ao médico ou ao construtor, respetivamente, deveres de proteção, não apenas face ao credor da prestação, mais ainda perante determinados terceiros como por exemplo: ao agregado familiar do arrendatário, ao acompanhante do credor do transporte e ainda do filho menor (paciente) levado ao médico pelos seus progenitores³³⁸.

Expostas as traves mestras, analisemos uma decisão jurisprudencial relativa à liquidação do dano de terceiro, para que munidos dos princípios consagrados jurisprudencialmente possamos cotejar as referidas figuras.

Analisemos, uma decisão do BGH, relativa a um expedidor que procedeu à falsificação de documentos que acompanham a carga de um camião: os referidos documentos foram confiscados pela administração soviética ao condutor do camião, camião que o empresário transportador pedira emprestado. O BGH condenou o expedidor a ressarcir os danos causados ao transportador (autor da ação/comodatário), embora este último não tivesse sido responsabilizado pelo proprietário do camião (comodante).³³⁹

Na fundamentação afirmava-se “ Quando alguém utiliza uma coisa alheia, essa coisa pode ter-lhe sido cedida com base num contrato ou por favor, e a coisa pode ser necessária para cumprir as obrigações assumidas no âmbito de um contrato; então, mediante interpretação complementar do negócio jurídico, deve considerar-se o acordo entre os contraentes no sentido de que a obrigação contratual da outra parte abrange a proteção da coisa que serve a finalidade contratual, ainda que a coisa pertença a outrem”³⁴⁰.

Acresce que “não importa se a contraparte do contrato sabe ou devia saber que a coisa pertence a um terceiro, ou sequer se conta com essa possibilidade. Aquele que invoca o seu direito de crédito, pode simultaneamente fazer valer o direito do terceiro proprietário contra a parte contrária do contrato (devedor/lesante), mesmo quando o proprietário não disponha de qualquer direito em relação ao mesmo devedor/lesante”³⁴¹.

Pela leitura do presente arresto concluímos que ao lesado (terceiro) não é atribuída uma pretensão indemnizatória direta contra o lesante. Deste modo, o figurino da liquidação do dano de terceiro não viola o princípio de que só as partes podem extrair uma pretensão. Viola

³³⁸ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via”...*, cit., p. 89.

³³⁹ MARIA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade Civil Delitual...*, cit., p. 182.

³⁴⁰ MARIA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade Civil Delitual...*, cit., p. 182 e 183.

³⁴¹ MARIA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade Civil Delitual...*, cit., p. 182 e 183.

sim o princípio de que só é de indemnizar o lesado pelos danos provocados com a violação do seu direito de crédito³⁴².

No arresto supracitado, invoca-se para o efeito – para o ressarcimento do terceiro – o recurso à interpretação contratual complementar³⁴³.

Com efeito, ficciona-se a existência de um acordo no qual o lesante (devedor da relação obrigacional primitiva) – não poderia ter intelegido ao celebrar o contrato, nomeadamente nas situações em que não tenha conhecimento da existência de uma “ligação” entre a contraparte e o terceiro lesado³⁴⁴.

Como principilmente referimos, o busílis do contrato com eficácia de proteção para terceiros³⁴⁵ situa-se no pleno reconhecimento que determinados vínculos obrigacionais conferem a um terceiro, ao lado credor, alheio à relação contratual, um âmbito de proteção a cargo do devedor.

Ora, em virtude desse reconhecimento há um efetivo alargamento o domínio de responsabilidade do devedor – leia-se do lesante. Resultado da extensão objetiva e subjetiva do domínio de responsabilidade a virtuais lesados de uma conduta danosa, por parte do devedor, é conferido ao terceiro³⁴⁶ a faculdade de deduzir uma pretensão indemnizatória autónoma³⁴⁷. Deste modo o lesante terá de indemnizar dois danos distintos: por uma lado o

³⁴² MARIA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade Civil Delitual...*, cit., p. 182 e 183.

³⁴³ A este propósito veja-se MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. Responsabilidade...*, cit., pp. 60 a 86.

³⁴⁴ MARIA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade Civil Delitual...*, cit., p. 183.

³⁴⁵ Assenta no pleno reconhecimento de uma terceira via da responsabilidade civil, cujos requisitos da figura são os seguintes:” Proximidade em relação à prestação, em termos de se poder dizer que está dentro do âmbito do risco da prestação: interesse do credor na proteção de terceiro; cognoscibilidade do universo de terceiros protegidos.”, Vide, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança...* pp. 135 e ss., nota de rodapé n.º 108; a aplicação da figura toca nos importantes quadrantes da vida económica social atual como os danos provocados pelas agências de rating, vide, CARNEIRO DA FRADA, A responsabilidade civil das agências de notação de risco. Para uma construção dogmática da doutrina crítica (www.fd.lisboa.ucp.pt/resources/documents/centro/MFC%20A%20Resposanbilidade%20Civil%20das%20Ag%C3AAncias%20de%205rating.pdf)

³⁴⁶ JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro...*, cit., p.319 e ainda, segundo MOTA PINTO, *Cessão da Posição contratual*, cit. p. 423 “este círculo de terceiros não deverá ser imprevisível e abrange aquelas pessoas que, segundo a natureza da prestação, estão numa forma em maior ou menor grau inevitável em contacto com ela, que estão de tal modo próximos do credor que este, em termos cognoscíveis pelo devedor...” e ainda MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil...* cit., p.415, avança com alguns critérios na seleção do conjunto de terceiros, para tal é necessário aferir o “âmbito do dever: “... o tipo de contrato, o fim deste. A proximidade de terceiros relativamente ao núcleo de execução do contrato, o conhecimento que o devedor tem da presença de terceiros e, por fim uma ideia de confiança”.

³⁴⁷ “A pretensão indemnizatória resulta do incumprimento de deveres laterais de conduta e não em virtude do incumprimento de um dever de prestar – pois este existe apenas nos contratos a favor de terceiro”. Vide, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, pp. 135 e ss., nota de rodapé n.º 108.

dano que opera na esfera jurídica do credor, e por outro, o dano produzido na esfera de terceiro, inserido através do contrato no domínio de proteção contratual ^{348 349}.

Destarte, somos compelidos a concluir que o contrato de eficácia de proteção para terceiros advém um aumento do risco para o devedor³⁵⁰.

No que concerne à figura jurídica da liquidação do dano terceiro, a sua distinção opera através do ponto nevrálgico, a partir da qual assenta a figura: o conceito de *transferência accidental da incidência patrimonial do dano*³⁵¹, uma vez que a um sujeito, ao qual se verificam todos os pressupostos da responsabilidade civil, exceto o dano, é atribuída a faculdade de obter o produto indemnizatório que deriva da posição do credor, fruto de um prejuízo que se desloca para a esfera jurídica patrimonial de terceiro.

Ou seja, há uma efetiva deslocação subjetiva do dano, a ação indemnizatória é intentada pelo credor da relação ficando vinculado a transferir o produto indemnizatório ao terceiro. O ressarcimento dos danos é feito através da posição do credor.

Há, portanto, uma plena ausência de uma pretensão direta do lesado contra o lesante, a ação é intentada pelo não lesado, leia-se credor da relação creditícia. Ao invés do que sucede no contrato de eficácia de proteção para terceiros: fruto de uma relação especial desenvolvida entre devedor e o terceiro, é aplicado o regime da responsabilidade contratual em pleno proveito do último sujeito referido. A este propósito é de salientar que, no instituto da liquidação do dano de terceiro, apenas há uma extensão subjetiva da responsabilidade do lesante que apenas deverá indemnizar um dano: o do terceiro.

Apesar da dogmática maioritária³⁵² preconizar como linha de distintiva o aumento do risco a cargo do devedor, que se verifica no contrato de eficácia de proteção de terceiros³⁵³, por

³⁴⁸ SANTOS JUNIOR, *Da Responsabilidade civil de terceiro...*, cit., p. 162.

³⁴⁹ JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do Dano de Terceiro...*, cit., pp. 313 e 319.

³⁵⁰ Vide, Apud WALTER BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter, der eine Richtungsveränderung der vertraglich geschuldeten Leistung bezweckt, der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte die völlig andere Funktion einer Haftungserweiterung hat.* e Apud Ernst von CAEMMERER, *Verträge* vide FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Contrato e liquidação, in Novas Tendências...*, pp. 229 e ss.

³⁵¹ Similitude de conceitos: conceito de deslocação do dano teorizado por Target, alvo de posterior desenvolvimento conceito desenvolvido por JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro...*, cit., 319.

³⁵² MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil...*, cit., p. 100, “o facto de se permitir ao credor a liquidação do dano de terceiro não eleva ou multiplica o risco de indemnizar para aquele”. Mais à frente admite que “pelo menos quando o dano de terceiro coincide no essencial com o dano esperável na contraparte do contrato”.

³⁵³ Nas palavras de REINHARD DAMM, falar em aumento de responsabilidade ou em conhecimento da eficácia de proteção do contrato para terceiros é falar de uma mesma realidade material, apud, JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro*, cit., pp. 304 e ss.

comparação à liquidação do dano de terceiro, consideramos, porém, que este aumento do risco é comum a ambas as figuras e deriva pura e simplesmente da inclusão de terceiro. Embora o dano, enquanto prejuízo ou lesão na esfera patrimonial de terceiro, seja qualitativamente e quantitativamente determinável e igualmente previsível na esfera do credor, daí a extensão objetiva e subjetiva da responsabilidade do devedor face ao terceiro, este apenas é qualitativamente previsível na esfera do credor na liquidação do dano de terceiro, através de um critério de previsibilidade³⁵⁴: quantitativamente o dano produz refrações distintas dependendo do prisma do qual se vislumbra o mesmo: do credor ou do terceiro, sendo o último o verdadeiro lesado.

Esse aumento do risco³⁵⁵, corresponderá à diferença quantitativa entre o mesmo dano aferido entre a esfera patrimonial de credor e de terceiro. Porém, este risco inerente deslocação do dano não aumenta o domínio de responsabilidade do devedor, apenas impele à criação de novos e autónomos deveres face a terceiros cumulados com os deveres primitivos estabelecidos com o credor³⁵⁶.

Em suma, liquidação do dano de terceiro, enquanto proposta dogmático-normativa, responde às situações em que se verifica uma deslocação incidental da incidência patrimonial do dano, às quais o contrato de eficácia de terceiros permanece alheio³⁵⁷ pela exigência da previsão de um terceiro afeto à relação obrigacional complexa.

4.3 LIQUIDAÇÃO DE DANO DE TERCEIRO E *COMMODUM* DE REPRESENTAÇÃO

Como anteriormente, referimos a propósito da eficácia externa das obrigações, o *commodum* de representação configura uma das propostas apresentadas pela doutrina clássica como mecanismo ressarcitório suscetível de ser mobilizado nas hipóteses em que por influência de um terceiro tenha tornado impossível o cumprimento da prestação³⁵⁸.

³⁵⁴ JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro*, cit. pp. 316 e ss.

³⁵⁵ O risco corresponde a uma desvantagem patrimonial³⁵⁵ cargo de sujeito de direito pela perda ou deterioração fortuitas de um determinado bem.” Vide, JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro*., pp. 314 e ss.

³⁵⁶ FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Novas Tendências...*, pp. 230 e ss.

³⁵⁷ FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Novas Tendências...*, p. 232, o autor aponta como mácula da figura a incapacidade da mesma para resolver hipóteses como a celebração de uma cláusula penal e o ressarcimento dos lucros cessantes, a eficácia de cláusulas limitativas de responsabilidade previstas entre o lesante (devedor) e o credor.

³⁵⁸ “Nos casos de morte ou incapacitação do devedor, os débitos transmitem-se normalmente aos herdeiros pelo que os credores não serão prejudicados, excepto nos casos de prestações infungíveis.” Vide, KARL

O instituto aqui invocado previsto nos termos dos artigos 794.º e 803.º do CC permite que em determinadas situações o primeiro contraente se substitua ao intermediário nos direitos que este tenha adquirido contra o subcontratante e vice-versa, naturalmente que o direito adquirido, neste âmbito, será sempre um direito ao ressarcimento dos danos sofridos pelo devedor³⁵⁹.

Tem como premissas, cuja cumulatividade é exigida: 1) que o cumprimento da prestação torne-se impossível. Aponta-se como o exemplo as hipóteses da compra e venda, em virtude do perecimento ou deterioração do objeto de transação imputável ao expedidor, o vendedor fica impossibilitado de cumprir a obrigação principal: a entrega da coisa, artigo 789.º do CC. A segunda premissa é aquisição pelo devedor de um direito contra terceiro. Prosseguindo o raciocínio acima expresso, o vendedor fica impossibilitado de cumprir a obrigação, em virtude da destruição parcial ou total do objeto do negócio jurídico, o vendedor adquire direito ao ressarcimento dos danos sofridos.

Por último, a aquisição desse direito tenha ocorrido em substituição do objeto da prestação. *Como a dogmática maioritária*³⁶⁰ *advoga, na impossibilidade no cumprimento da obrigação principal, emerge como sucedâneo, um dever de indemnizar*³⁶¹ ou ainda como aponta MOTA PINTO, a “obrigação originária modificada objetivamente cuja indemnização é um prolongamento do crédito não cumprido”³⁶². Deste modo, pode o terceiro, verdadeiro lesado, substituir-se nos direitos do credor, de índole indemnizatória, e demandar diretamente o lesante, devedor do primitivo vínculo contratual³⁶³.

Sendo certo que que a impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor afasta-o de qualquer responsabilidade perante o credor, artigo 790.º do CC ³⁶⁴ não menos seguro será de afirmar que nas situações em que o incumprimento é imputável ao devedor

PRELHAZ NATSCHERADETZ, *A responsabilidade civil do terceiro cúmplice*, in Revista Jurídica da Associação académica de Lisboa, n.º 5 Jan/Mar. de 1996, p. 43.

³⁵⁹ João de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, cit., pp. 120 e ss.

³⁶⁰ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de responsabilidade...* pp 405 e ss.

³⁶¹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de responsabilidade...*, pp. 405 e ss.

³⁶² CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, cit., p. 427.

³⁶³ Para mais desenvolvimentos vide, JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro*, cit., pp. 322 e ss.

³⁶⁴ EDUARDO SANTOS JÚNIOR, *Da responsabilidade civil de terceiro...*, cit., p. 525 e ss.

torna este responsável perante o credor, como se faltasse culposamente ao seu cumprimento, nos termos do artigo 800.º do CC^{365 366}.

Porém, nos contratos bilaterais, o exercício do *commodum* de representação não exime o credor da obrigação de efetuar a contraprestação³⁶⁷.

Se a obrigação tiver por objeto a prestação de coisa determinada, como é caso do problema aqui em curamos, só haverá *commodum* de representação se o domínio não se tiver transferido para o credor no momento em que a prestação se torna impossível. Se nesse momento, a coisa já pertencer ao credor, o direito contra terceiro nascerá imediatamente no património do credor – havendo a destruição do bem, enquanto proprietário, é o credor que reage.

Por este motivo, o *commodum* de representação ocorre de forma residual: o princípio latente entre nós é o princípio da consensualidade – a transferência da propriedade opera pelo mero acordo das partes.

Num contrato, tornando se uma das prestações impossível por causa não imputável ao credor, o artigo 795.º, n.º 1 CC diz-nos que a contraprestação se extingue³⁶⁸.

Do preceituado no n.º 1 do artigo 803.º do CC resulta que paredes meias com a resolução do contrato e do direito à indemnização, por incumprimento do vínculo contratual, o credor tem ainda a possibilidade de exigir o *commodum* de representação³⁶⁹.

³⁶⁵ “Se A tem de entregar determinada coisa a B, mas que a prestação se torna impossível, porque a coisa é destruída por terceiro ou perece por caso fortuito. Se A puder ser indemnizado à custa do agente/lesante ou através da companhia seguradora da coisa, B poderá substituir-se a A, segundo o preceituado no artigo 794.º, na titularidade do direito de indemnização ou qualquer outro direito de crédito do devedor contra terceiro, o credor pode sub-rogar-se nos direitos daquele.” Vide, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, cit., p.180.

³⁶⁶ “A impossibilidade cumprimento derivando de circunstâncias não imputáveis pode fazer com que o devedor retire vantagens dessa impossibilidade recebendo por exemplo, certa quantia da companhia seguradora, o valor da expropriação, ou uma indemnização do terceiro responsável pela impossibilidade.” A este propósito vide, *Comentário ao código civil, direito das obrigações – das obrigações em geral*, Universidade Católica Editora, p. 795.

³⁶⁷ *Comentário ao código civil, direito das obrigações – das obrigações em geral*, Universidade Católica Editora, p. 795.

³⁶⁸ Se o credor já tiver realizado a sua prestação, tem direito a pedir de volta a sua prestação nos termos do enriquecimento sem causa: em bom rigor, o credor que já realizou a sua prestação não pode exigir tudo aquilo que prestou, mas apenas aquilo com o qual o devedor se enriqueceu.

Se o próprio credor tiver contribuído para a impossibilidade, ou seja, se esta for por causa imputável ao credor, não se justifica que ele fique desobrigado. É esta a situação particular que o legislador regula no n.º 2. O credor tem de realizar a contraprestação; porém, se o devedor tiver algum benefício com a desoneração, o valor do benefício será descontado na contraprestação.

³⁶⁹ PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. II., arts. 762.º a 1250.º, 4ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 1997, p. 60 mais referem os autores: a faculdade de escolha cabe ao credor, não ao devedor culpado. Neste sentido, não pode assim forçar o credor a aceitar, por exemplo a cessão

A particularidade do preceito reside no seu n.º 2: preceitua que, se o credor se substituir ao devedor no direito contra terceiro, o montante da indemnização devida pelo devedor será reduzido correspondente ao que tenha recebido a título de *commodum* de representação³⁷⁰. Esboçados os traços gerais da figura, que é restrita às obrigações de prestação de coisa, surge-nos uma eventual brecha no sistema. A figura está moldada para as situações de incumprimento definitivo da prestação. Neste sentido, afigura-se nos que o instituto deixa passar ao lado o ressarcimento do dano moratório sofrido por terceiro, ou o ressarcimento de outro qualquer dano patrimonial puro.

4.4 INTERESSE DO CREDOR E INTERESSE CONTRATUAL

O interesse, cuja relevância do conceito não pode ser negada no plano normativo – prático ocupa na figura da liquidação de dano de terceiro, ao lado do conceito de transferência accidental da incidência patrimonial do dano, um papel paradigmático na interpretação de todo o instituto.

Surge pela pena de JHERING, enquanto crítica à “jurisprudência dos conceitos”. São conhecidas as suas insuficiências ao nível analítico ou sociológico, criteriológico, ou sistemático³⁷¹, centradas fundamentalmente na falta de clareza do conceito e do papel do interesse³⁷². Apesar das críticas tecidas pela doutrina, tal não significa que devemos desprezar a sua dimensão enquanto conceito indeterminado e a sua importância no plano metodológico. Como temos vindo a realçar ao longo deste excurso, desta dissociação subjetiva entre o *interesse* e o *meio jurídico de tutela*, o terceiro, lesado na sua esfera jurídico

do crédito que ele, o devedor, tenha sobre o comprador da coisa que devia ter sido entregue ao credor, em lugar da resolução do contrato ou da indemnização.

³⁷⁰ Neste sentido, PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. II., arts. 762.º a 1250.º, 4ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 1997, p. 61. Referem os autores em anotação ao 803.º, n.º 2 do CC: Mais delicada é a questão de saber se, no caso do *commodum* de representação exceder o montante do dano sofrido pelo credor, este tem o direito de o exigir na totalidade ou apenas na medida do necessário para cobrir o dano. Embora a doutrina dominante na Alemanha (...) se oriente no primeiro sentido, essa seja também a solução que melhor se adapta ao texto do artigo 794, afigura-se-nos ser a tese oposta a que melhor se harmoniza com o espírito da lei.”

³⁷¹ Cfr A. CASTANHEIRA NEVES, *Jurisprudência dos Interesses*, pp. 236 ss.

³⁷² Apud, V.F. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 68, o interesse como facto causal, ou determinante, e o interesse como objeto de valoração. FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Contrato e liquidação...*, pp. 230 e ss e ainda JORGE MATTAMOUROS, *a liquidação do dano de terceiro...*, cit., p.320 e ss.

-patrimonial socorre-se através do seu interesse junto do credor, detentor do meio jurídico para ser ressarcido dos danos provocados pela contraparte do credor.

A doutrina, ao longo dos tempos, tem enunciado critérios vários, na tentativa de articular o instituto da liquidação com o dogma do interesse do credor através do conceito de interesse. Segundo WINDSCHEID, “sempre que o credor atua no interesse de terceiro faz seu esse seu interesse”³⁷³. Segundo ANDREAS THUR, o credor teria um *interesse transitório*, seria um puro peão de xadrez, para que o terceiro auferisse o produto indemnizatório segundo um padrão equidade.

Por seu turno, NEUMER assenta o instituto da liquidação do dano de terceiro numa conceção de boa fé.³⁷⁴ Da iniquidade que resultaria da exoneração do lesante da obrigação de indemnizar um terceiro, o Autor advoga que a boa fé, enquanto dever acessório de conduta, independente da prestação principal³⁷⁵ é o mais importante, a possibilidade de o dever do boa fé ter como titular um terceiro, estranho, à primitiva relação obrigacional complexa, provir de uma conceção de justiça comutativa.

Apesar da inegável bondade da solução que nos é apresentada, a boa fé enquanto princípio norteador de qualquer relação contratual, enquanto conduta honesta e leal que deve imperar no seio da comunidade jurídica, apresenta-se como uma fórmula vazia³⁷⁶.

Ao sufragar tal posição como aponta a dogmática que se debruça sobre esta matéria, estamos a aceitar, e conseqüentemente erigir, a figura em alicerces muitos duvidosos. Do conceito de boa fé surge a vicissitude de retirar coordenadas objetivas insuscetíveis resolver este tipo de hipóteses práticas.

Embora perfunctória, somos compelidos por FERNANDO DE OLIVEIRA E SÁ a crer que as teses de WINDSCHEID e ANDREAS THUR partem de um pressuposto erróneo: ambas ficcionam na esfera do credor um interesse próprio que este não tem. O credor corresponde a um mero representante (*lato sensu*) que surge na lide em nome de terceiro a exigir o ressarcimento dos danos sofridos pelo terceiro pela violação das estipulações contratuais. Em traços largos, o Autor avança que o enquadramento do instituto da liquidação passa pela fórmula do *interesse sério*.

³⁷³ FERNANDO DE OLIVEIRA e SÁ, *Contrato e Liquidação...*, cit.p.241, nota de rodapé n.º142.

³⁷⁴ Apud JORG NEUMER, *Der schutz*, p. 136, FERNANDO DE OLIVEIRA E SÁ, *Contrato e Liquidação...*, cit., pp. 223 e ss.

³⁷⁵ Vide, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., p.126.

³⁷⁶ Vide, JURGEN SCHIMIDT, *Staudingers*, 242, n.º 203-206, p. 295 e ss, in FERNANDO DE OLIVEIRA E SÁ *Contrato e Liquidação...*, cit., pp. 230 e ss.

Apesar da indeterminabilidade que deriva do conceito e, da conseqüente margem de manobra que confere ao interprete-aplicador para abarcar uma infinidade de situações às quais correspondem juízos de justiça e equidade, podemos crer que o terceiro enquanto lesado, perdoem a redundância, verdadeira parte interessada, encontra -se munido de uma maior capacidade para a defesa da esfera do seus interesses patrimoniais, ao terceiro cabe a ele e apenas a ele avaliar se existem danos e quais pretende ver ressarcidos³⁷⁷.

4.5 POTENCIALIDADES DA LIQUIDAÇÃO DO DANO DE TERCEIRO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Após este excuro, entre os meandros do instituto da liquidação do dano de terceiro resta-nos analisar a sua eventual aplicação no ordenamento jurídico português. É de frisar que, apesar das diferenças que resultam de ordenamento alemão e português aquelas hipóteses em que a liquidação encontra expressa aplicação no direito germânico, não afastam a possibilidade de o mesmo instituto possuir um determinado espaço de aplicação prático-normativo no ordenamento jurídico português.

A figura da liquidação de dano de terceiro detém uma presença parca nos estudos da dogmática nacional. O insigne civilista VAZ SERRA foi um dos poucos que se debruçou sobre o estudo e a sua eventual aplicação no nosso ordenamento jurídico português³⁷⁸. No Anteprojeto do Direito das Obrigações propôs o seguinte artigo: “se, por força de uma disposição legal ou de uma relação jurídica existente na data da lesão entre o credor da indemnização e um terceiro, o dano, que deveria atingir aquele, se produz na pessoa deste (na esfera jurídica de terceiro) ou se lhe transfere depois, pode o referido credor exigir, não obstante, a reparação de tal dano. O que assim obtiver deve ser restituído ao terceiro, nos

³⁷⁷ Não estando em causa o plano estritamente processual, a lei processual civil faz referência ao *conceito de interesse sério* no artigo 778 do C.P.C, no qual dá ao terceiro a possibilidade de intervir no processo. Segundo Fernando Oliveira e Sá é “possível uma linha orientadora: *existirá interesse sério do terceiro quando a situação de facto contenda com uma posição jurídica do terceiro, susceptível de ser afectada com a decisão que ponha fim ao processo.*” O terceiro também terá a possibilidade de surgir na lide como substituto processual nos termos do artigo 271 do CPC Vide, FERNANDO DE OLIVEIRA E SÁ *Contrato e Liquidação...*, cit., p. 223 e ss. nota de rodapé n.º71.

³⁷⁸ J. CALVÃO DA SILVA, considera a liquidação do dano de terceiro como uma mera ação de regresso, afastando a sua aplicação no ordenamento jurídico, porém, não afasta liminarmente a sua eventual conjugação com as normas do contrato de mandato sem representação para fazer face às situações de encadeamentos contratuais entre consumidor (terceiro), Responsabilidade do produtor (devedor) e o intermediário (credor) vide, J. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do produtor*, Coimbra, 1990, pp. 124 e ss.

termos da lei ou da relação jurídica existente entre ele e o dito terceiro. O terceiro pode também exigir do aludido credor a cessão do seu crédito de indemnização, se a lei lhe não reconhecer o direito de se substituir ao mesmo credor”³⁷⁹.

Nos termos do nº1 é patente a expressa limitação do dogma do interesse do credor na indemnização ³⁸⁰: abrange apenas o interesse do titular do bem afetado pelo facto danoso. Porém, as normas propostas pelo Autor não foram consagradas no código 1966. Apesar disso, a limitação do dogma do credor foi implicitamente adotada nos casos em que para além da legitimidade do lesado, era reconhecido a outros sujeitos a possibilidade de exigir uma indemnização ³⁸¹.

Dividiremos as potencialidades da figura da liquidação em duas situações: A) Com base numa disposição legal sobre o encargo do risco e B) com base numa relação entre o credor da relação de indemnização e o terceiro.

A) DISPOSIÇÃO LEGAL SOBRE O ENCARGO DO RISCO

No que concerne à transferência do encargo do risco, apesar das diferenças de sistemas vinculados anteriormente, casos há em que o vendedor poderá reter a propriedade do bem, objeto de transação comercial. O risco inerente corre por conta do comprador, como resulta da venda com reserva de propriedade, nos termos do artigo 409.º, nº1 do CC e do carácter supletivo do artigo 796.º do CC³⁸².

À semelhança do que ocorre no ordenamento jurídico alemão, para dar resposta às situações em que se verifica uma plena dissociação subjetiva, entre o interesse e o meio jurídico de tutela o ordenamento jus-civilista dispõe do *commodum* de representação previsto nos artigos 794.º e 803.º do CC.

³⁷⁹ ADRIANA VAZ SERRA, *O dever de indemnizar o interesse de terceiros*, Boletim do Ministério da Justiça, nº 86, Maio de 1959, p. 103 e ss.

³⁸⁰ Posição sufragada por FERNANDO DE OLIVEIRA E SÁ, *Contrato e liquidação*, cit., p. 241.

³⁸¹ Vide JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., p. 177. 620 e ss.

³⁸² Vide, JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro*, cit., pp. 322 e ss.

B) RELAÇÃO ENTRE O CREDOR DA INDEMNIZAÇÃO E O TERCEIRO

B1 – MANDATO SEM REPRESENTAÇÃO

Pode dizer -se que nas situações em que o mandatário atua em nome próprio, mas no interesse do mandante, pelo incumprimento da contraparte do mandatário emergem as representativas situações de deslocação incidental da incidência patrimonial do dano.

No mandato sem representação, os danos fazem se sentir não na esfera jurídico-patrimonial do mandatário, contraparte do lesante, mas na esfera jurídico-patrimonial do mandante, sujeito que não possui qualquer vínculo obrigacional com a contraparte do mandatário. Verifica-se mais uma vez, uma deslocação e extensão subjetiva dos danos, o titular do meio jurídico de tutela, o mandatário, o qual se verificam todos os pressupostos da responsabilidade exceto o dano, não é detentor do interesse da liquidação do dano, uma vez que, o incumprimento imputável à sua contraparte produzirá os seus efeitos na esfera jurídica do mandante. Por seu turno o mandante, que sofreu danos na sua esfera jurídica, tem todo o interesse em liquidar o dano, porém, não tem ao seu dispor qualquer pretensão indemnizatória contratual.

Para colmatar este tipo de situações, sob pena de não ser cumpridos imperativos de justiça material o ordenamento jurídico português prevê no artigo 1182º do CC a faculdade de o mandante poder substituir-se ao mandatário no exercício que resulte no incumprimento definitivo das obrigações assumidas pela contraparte do mandatário, ou seja, o lesante^{383 384}. Destarte, a lei admite que o mandante possa substituir-se ao mandatário no exercício dos respetivos direitos. Através deste instrumento, o lesado não se encontra limitado ao montante do crédito estipulado entre o mandatário e sua contraparte. O lesado, substituto do mandatário, tem a faculdade de deduzir contra terceiro, uma pretensão indemnizatória de montante superior ao crédito que mandatário detinha com a contraparte;

³⁸³ Esta repercussão na esfera de terceiro, não aumenta o domínio de responsabilidade do lesante, uma vez que o mandante substitui o mandatário no exercício da sua pretensão indemnizatória, dado que a indemnização constitui um sucedâneo a outra face no cumprimento da obrigação principal.

³⁸⁴ JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro*, cit., p. 324.

Trata-se neste caso de uma ação sub-rogatória prevista nos termos do artigo 606.º e ss. do CC³⁸⁵, a qual pressupõe que o crédito, para ser exercido pelo mandante (terceiro) teria que lhe ser previamente cedido pelo mandatário, através de uma cessão de créditos.

Concedido esse acesso, a indemnização constituirá um sucedâneo da obrigação principal, auferido o produto indemnizatório o mandante liquidará os prejuízos sofridos.

B2 – EMPREITADA

O regime legal que sustenta o contrato de empreitada, e à semelhança dos outros tipos contratuais anteriormente alvos de escrutínio, não estabelece nenhuma relação direta entre o terceiro e o lesante, neste caso entre o dono da obra e o subempreiteiro.

O empreiteiro, dado o vínculo obrigacional estabelecido com o subempreiteiro, tem ao seu dispor um meio jurídico de tutela, porém, não tem interesse em liquidar um dano sofrido por terceiro. Por seu turno, o dono da obra, verdadeiro lesado, tem todo o interesse em ver ressarcida a sua esfera patrimonial. No entanto, dada a ausência de um vínculo direto com o lesante, não tem um meio de tutela contratual ao seu dispor, resta-lhe o interesse. Estamos perante, mais uma vez, uma dissociação subjetiva do dano.

Dada a complexidade das construções, o volume da obra, o grau de perícia e destreza exigido nos seus acabamentos, normalmente associado ao contrato de empreitada surge o contrato de subempreitada previsto no artigo 1213.º, nº1 do CC. Em virtude da ausência de vínculos contratuais entre o dono da obra e o subempreiteiro, o ordenamento jurídico prevê no artigo

³⁸⁵ Em sentido oposto, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, dos Contractos em Especial*, vol. III p.414. O Autor advoga que o artigo 1181.º, é uma pretensão direta, posição da qual não podemos acompanhar: além do cumprimento cumulativo dos dois requisitos que a figura sugere, a figura apresenta uma vicissitude considerável: a limitação do montante do seu crédito; como acima sufragámos o dano, ressarcível em dinheiro (artigo 562.º do cc) varia conforme o ângulo em que o avaliamos, da esfera do credor – liquidatário, ou da esfera do terceiro – lesado, sob pena do mandante não ser ressarcidos na totalidade dos danos; a propósito da distinção entre ação direta e ação sub-rogatória, vide, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O subcontrato*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 168-169; Ainda a propósito da aplicabilidade da ação direta do mandante (terceiro-lesado) contra o submandatário surgem autores como Plainol e Ripert que fundamentam a existência da ação direta, no conhecimento do submandatário da existência da relação jurídica de base; A “jurisprudência e a doutrina estrangeiras têm admitido, uma ação direta do mandante contra o submandatário, cfr. Artigo 1772.º do Código civil espanhol. Artigo, 1994, nº2 do código civil francês artigo 1717 do código civil italiano e artigo 399.º, 3 do código obrigações suíço, vide, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O subcontrato*, cit. pp.172 – 173.

1225.º o exercício de uma ação sub-rogatória³⁸⁶ por parte do dono da obra, nos termos do artigo 606.º e ss. do CC pelo incumprimento defeituoso da obrigação e pelos vícios apresentados pelo solo.

Destarte, o dono da obra poderá, através de uma ação sub-rogatória liquidar os danos sofridos em virtude do incumprimento de um determinado programa negocial estipulado entre o empreiteiro e o subempreiteiro.

Sendo considerado um contrato de prestação de serviços, em que o subempreiteiro executa uma obra no interesse do empreiteiro, este último responde por *culpa in eligendo* e *in instruendo* por força do artigo 1213º do CC.

Salvo melhor entendimento, do ponto de vista substantivo-obrigacional poderão ser seguidos caminhos alternativos para efetiva liquidação do dano: a aplicação analógica das normas do mandato sem representação (artigo 1181.º n.º2 do CC, dado que estamos perante um contrato de prestação de serviço - aplicação analógica do artigo 1225.º) e ainda para quem advogue a aplicação da ação direta nos termos do artigo 606º do CC³⁸⁷.

Ao longo do breve excursus que fizemos sobre o direito constituído podemos constatar, com toda a clareza, que os artigos 794.º, 803.º, 1181.º e 1225.º do CC têm admitido um desvio ao princípio da relatividade dos contratos, o mesmo será dizer, em sentido amplo, uma manifestação da eficácia externa das obrigações. Apesar do ordenamento afastar liminarmente a possibilidade de adotarmos a teoria da eficácia externa das obrigações, o que é certo, com o referido desvio estamos a admitir o mesmo efeito jurídico – prático: a ressarcibilidade dos danos de um terceiro alheio ao primitivo vínculo obrigacional.

A liquidação do dano de terceiro terá um campo de aplicação circunscrito, nomeadamente nos contratos de mandato sem representação, no campo das empreitadas e em alguns

³⁸⁶ Neste sentido vide, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, dos Contractos em Especial*, vol. III, pp. 489 e ss, Em sentido oposto vide, JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro*, cit., p327 e ss. e ainda vide, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O subcontrato*, cit. pp. 176 – 177. Posição que não acompanhamos. Apesar da doutrina advogar aplicação da ação direta, que tem como limite o montante que reverte ao credor, caso este fosse o verdadeiro lesado. O que é certo, é que esta não responde aos imperativos de justiça e equidade exigíveis no caso concreto. Apesar de uma equiparação qualitativa ser totalmente plausível, pela determinação dos eventuais comportamentos que se afastem do programa negocial estipulado no contracto a repercussão económica (quantitativa) dos danos é invariavelmente distinta: a hipotética margem de lucro ou hipotético prejuízo do empreiteiro que do negócio tenham resultado não corresponde, ainda que modo parcial aos sofridos na esfera do dono da obra, que eventualmente, poderão ser mais baixos ou mais altos de acordo com avaliação casuística.

³⁸⁷ Vide, JORGE MATTAMOUROS, *A liquidação do dano de terceiro*, cit., p. 325 e ss.

subcontratos, designadamente nos contratos de subempreitada, detendo o seu espaço de aplicação no âmbito da responsabilidade contratual.

Assim, apesar da circunscrição das potencialidades que a figura jurídica da Liquidação do dano de terceiro terá no ordenamento jus-civilista português, afigura-se-nos que um instituto jurídico plenamente capaz de responder às atuais exigências jus-civis e mercantis, ao estarmos perante um economia em que os subcontratos e os encadeamentos contratuais são cada vez mais necessários para cumprir as exigências do tráfego e do comércio jurídico.

CAPÍTULO V

5. CONCLUSÕES

1. A figura da liquidação do dano de terceiro não quebra, na verdade, o princípio de que só as partes no contrato podem extrair dele uma pretensão. Quebra sim o princípio de só é de indemnizar o lesado pelos danos sofridos com a violação do seu direito de crédito.
2. No que concerne à figura jurídica da liquidação do dano de terceiro o ressarcimento dos danos é feito através da posição do credor. Há, portanto, uma plena ausência de uma pretensão direta do lesado contra o lesante, a ação é intentada pelo credor da relação creditícia. Ao invés do que sucede no contrato de eficácia de proteção para terceiro. A este propósito é de salientar que, no instituto da liquidação do dano de terceiro, apenas há uma extensão subjetiva da responsabilidade do lesante que apenas deverá indemnizar um dano: o do terceiro.
3. Apesar da dogmática maioritária preconizar como linha de distintiva o aumento do risco a cargo do devedor, que se verifica no contrato de eficácia de proteção de terceiros, por comparação à liquidação do dano de terceiro, consideramos, porém, que este aumento do risco é comum a ambas as figuras e deriva pura e simplesmente da inclusão de terceiro. Embora o dano, enquanto prejuízo ou lesão na esfera patrimonial de terceiro, seja qualitativamente e quantitativamente determinável e igualmente previsível na esfera do credor, daí a extensão objetiva e subjetiva da responsabilidade do devedor face ao terceiro, este apenas é qualitativamente previsível na esfera do credor na liquidação do dano de terceiro, através de um critério de previsibilidade: quantitativamente o dano produz refrações distintas dependendo do prisma do qual se vislumbra o mesmo do credor ou do terceiro, sendo o último o verdadeiro lesado. Esse aumento do risco, corresponderá à diferença quantitativa entre o mesmo dano aferido entre a esfera patrimonial de credor e de terceiro. Porém, este risco inerente de deslocação do dano não aumenta o domínio de responsabilidade do devedor, apenas impele à criação de novos e autónomos

deveres face a terceiros cumulados com os deveres primitivos estabelecidos com o credor.

4. A liquidação do dano de terceiro, enquanto proposta dogmático-normativa, responde às situações em que se verifica uma deslocação incidental da incidência patrimonial do dano, às quais o contrato de eficácia de terceiros permanece alheio pela exigência da previsão de um terceiro afeto à relação obrigacional complexa.
5. Apesar das diferenças que resultam de ordenamento alemão e português aquelas hipóteses em que a liquidação encontra expressa aplicação no direito germânico, não afastam a possibilidade de o mesmo instituto possuir um determinado espaço de aplicação prático-normativo no ordenamento jurídico português.
6. Ao longo do breve excuro que fizemos sobre o direito constituído podemos constatar, com toda a clareza, que os artigos 794.º, 803.º, 1181.º e 1225.º do CC têm admitido um desvio ao princípio da relatividade dos contratos, o mesmo será dizer, em sentido amplo, uma manifestação da eficácia externa das obrigações. Apesar do ordenamento afastar liminarmente a possibilidade de adotarmos a teoria da eficácia externa das obrigações, o que é certo, com o referido desvio estamos a admitir o mesmo efeito jurídico – prático: a ressarcibilidade dos danos de um terceiro alheio ao primitivo vínculo obrigacional.
7. A liquidação do dano de terceiro terá um campo de aplicação circunscrito, nomeadamente nos contratos de mandato sem representação, no campo das empreitadas e em alguns subcontratos, designadamente nos contratos de subempreitada, detendo o seu espaço de aplicação no âmbito da responsabilidade contratual.
8. Assim, apesar da circunscrição das potencialidades que a figura jurídica da Liquidação do dano de terceiro terá no ordenamento jus-civilista português, afigura-se-nos que um instituto jurídico plenamente capaz de responder às atuais exigências jus-civis e mercantis, ao estarmos perante um economia em que os subcontratos e os

encadeamentos contratuais são cada vez mais necessários para cumprir as exigências do tráfego e do comércio jurídico.

6. BIBLIOGRAFIA

ALARCÃO, Rui de, *Direito das Obrigações*, Policopiado, 1983, Coimbra.

ALMEIDA, Margarida Maria Matos Correia Azevedo de, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, Coimbra editora, 2003.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Direito das Obrigações*, 3.^a edição, 1966, Almedina.

BARBOSA, Mafalda Miranda Barbosa, *Danos, Uma Leitura Personalista da responsabilidade civil*, 1.^a Edição, Editora Príncípia, 2018.

- *Lições de Responsabilidade Civil*, 1.^a Edição, Editora Príncípia, 2017.

- *Liberdade v. Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Almedina, 2006.

- *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação: Contributo para a compreensão da natureza binária e personalista do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, vol. II Príncipia, Cascais 2013.

CABRAL, Rita Amaral, *A tutela delitual do direito de crédito*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva, FDUL, 2001, Coimbra Editora

.

CARVALHO, Orlando de, *Direito das Coisas (do direito das coisas em geral)*, 1977, Coimbra.

COELHO, Francisco Manuel Pereira, *Obrigações, Sumários das lições ao curso de 1966/1967*, Coimbra.

CORDEIRO, António Menezes, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, 1997, Lex, Lisboa.

- *Tratado do Direito Civil, Vol. VII, Direito das Obrigações, Gestão de Negócios, Enriquecimento sem Causa, Responsabilidade Civil*, 2.^a Reimpressão da 1.^a edição do tomo III de 2010, Almedina, 2016.

- *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1983 (reimp. de 2011)

CORREIA, A. Ferrer, XAVIER, Vasco Lobo, *Efeito externo das obrigações; abuso do direito; concorrência desleal (a propósito de uma hipótese típica)*, in Revista de Direito e Economia, Ano V, nº 1, Janeiro/Junho 1979

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.^a edição (reimpressão), 2011, Almedina.

- *A eficácia externa das obrigações, Entendimento da doutrina clássica*, In Revista de Legislação e Jurisprudência N.º 3986, p. 132.

DIAS, Ricardo Gaspar, *Deveres de proteção e a fronteira entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual um problema (também) de direito internacional privado?* 2002, repositório da UCP <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16606/1/DEVERES%20DE%20PROTE%20C3%83O%20E%20A%20FRONTEIRA%20ENTRE%20RESPONSABILIDADE%20CIV.pdf>.

DUARTE, Paulo, *Reflexos jurídico-obrigacionais da cooperatividade nos negócios jurídicos celebrados pelas cooperativas de habitação e construção*, in *Jurisprudência cooperativa comentada*, Lisboa, INCM, 2012.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina.

FERNANDES, Maria Gabriela Páris, *Sobre a reparação do dano moral no domínio do código civil de 1867 e a titularidade do direito à sua indemnização* - Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do Curso de Mestrado em Direito à Faculdade de Direito da Universidade Católica <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8948/1/Disserta%20C3%A7%20C3%A3o%20de%20Mestrado.pdf>

FRADA, M. A. de Castro Portugal Carneiro da, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, 2004.

- *Uma «terceira via» no Direito da Responsabilidade Civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros auditores de sociedades*, Almedina, Coimbra, 1997.

- *Contrato e Deveres de Proteção*, Separata do volume XXXVIII do suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

- *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Almedina, Abril 2010.

JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, 1995 (reimpressão), Almedina.

JÚNIOR, E. Santos, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, 2003, Almedina.

KATCHI, António, *Dicionário da Parte Geral do Código Civil Português*, 3.^a Edição Almedina, 2013.

LEITÃO, Adelaide Menezes, *Os danos puramente económicos nos sistemas da common law-I*, in Estudos de Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço Vol. II, Almedina Coimbra.

LEITÃO, L. M. Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Volume I, 7.^a edição, Almedina

LIMA, Pires de, VARELA, J. M. Antunes, *Código Civil Anotado*, Volume II, 4.^a edição (revista e atualizada), Coimbra Editora.

LINHARES, Aroso, *Sumários Desenvolvidos do Curso de Introdução ao Direito de 2012/2013*.

MARTINEZ, Pedro Romano, *O Subcontrato*, Almedina, Coimbra, 1989.

- *Direito das Obrigações – Apontamentos*, 2.^a Edição, Lisboa, 2004.

MATTAMOUROS, Jorge, *A liquidação do dano de terceiro no direito civil português*, RDFUP, III; 2006.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 1989, Almedina.

– *Rudimentos da responsabilidade civil*, RFDUP, ano II (2005), pp. 349-390.

- *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983.

MÚRIAS, Pedro Ferreira, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, RFDUL, ano XXXVII (1996), n.º 1, pp. 171-217.

NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *A responsabilidade civil do terceiro cúmplice*, Revista Jurídica da Associação Académica de Lisboa, n.º 5, 1986 p. 17 a 50.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, 2011.

PINTO, Carlos Alberto Mota, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, Coimbra, 1982.

– *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

RAMALHO, Tiago Azevedo, *Princípio da Relatividade Contratual e contrato a favor de terceiro: da titularidade do direito à prestação por parte de terceiro*, Coimbra Editora, 2013

RANGEL, Rui Manuel de Freitas, “A Reparação Judicial dos Danos na Responsabilidade Civil: um olhar sobre a jurisprudência”, Almedina, 2002.

SÁ, Fernando Oliveira de, *Novas Tendências da Responsabilidade Civil, Contrato e liquidação de dano de terceiro*, Coimbra, Almedina, 2007.

SERRA, Adriano de Paes Vaz, *O Dever de Indemnizar o Interesse de Terceiros*, Boletim do Ministério da Justiça, nº 86, Maio de 1959, p. 103-129.

- *Obrigações de Indemnizar, Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo Causal, Extensão do dever de indemnizar. Espécies de Indemnização*, in Boletim do Ministério da Justiça, nº 84, Maio de 1959 p. 5-301.

- *Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Civil Extracontratual*, in Boletim do Ministério da Justiça n.º 85, Abril de 1959, p.115-242.

- *Requisitos da Responsabilidade Civil*, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 92 Janeiro de 1960 p. 37-136.

SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990

SILVA, Manuel Gomes, *Dever de Prestar e Dever de Indemnizar*, Lisboa, 1994.

TRIGO, Maria da Graça, *Responsabilidade Civil Delitual por Factos de Terceiro*, Coimbra Editora 2009.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7.^a edição (revista e actualizada), 1997, Coimbra Editora.

VARELA, J. M. Antunes, *Das obrigações em geral*, Volume I, 10.^a edição, 2000, Almedina.

PRATA, Ana, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Artigos 1.º A 1250.º, 2.^a Edição Revista e Atualizada, Almedina, 2019, p.669.

PROENÇA, José Brandão (coordenação), *Comentário ao Código Civil: do direito às obrigações. Das obrigações em geral – Lisboa*, Universidade Católica Editora, 2018

VASCONCELOS, Maria João Sarmiento Pestana de, *Algumas questões sobre a Ressarcibilidade Delitual dos Danos puramente patrimoniais*, In *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, Almedina, Ano, p. 149.ss.

VICENTE, Dário Moura, *Da Responsabilidade Pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2001

- *Direito comparado*, vol. II, Obrigações 2017, Almedina,

7. JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 16 de junho 1964, publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 138 pp. 342-351-
- 25 de outubro de 1993, publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 430, novembro de 1993, pp. 455-461.
- 17 de junho de 1969, publicado no Boletim do Ministério da Justiça n.º 188, julho de 1969
- 27 de janeiro de 1993, publicado na Coletânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (CJ-STJ), ano I, 1993, pp. 84-86.
- 15 de abril de 1993, publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 426, maio de 1993, pp. 450-460.
- 13 de dezembro de 2001, publicado na Coletânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (CJ-STJ), ano IX, tomo III, 2001, pp. 149-151.
- 19 de março de 2002, publicado na Coletânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (CJ-STJ), ano X, tomo I, 2002, pp. 139-142.