

PERDA DE BENS E RENDIMENTOS OBTIDOS ILICITAMENTE – O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

Doutora em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra
Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra
Membro do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra

1. Formulação do problema

Se é certo que, no domínio extracontratual, uma pretensão indemnizatória só pode surgir quando exista um comportamento ilícito e culposo, um dano e o exigível nexo de imputação objetiva, com a sua natureza binária de fundamentação e preenchimento da responsabilidade, não é menos seguro que podem surgir situações nas quais, estando aparentemente verificadas todas estas condições ou requisitos, se torna problemático o ressarcimento. Entre muitas que poderiam ser pensadas, lembramos agora aquelas em que a pretensão indemnizatória é deduzida em face de um dano que é sofrido e que atinge um bem de outrem cuja natureza ou origem é ilícita.

O problema não conheceu entre nós, até hoje, um tratamento sistemático, nem gerou uma corrente jurisprudencial que sirva de guia do decidente na solução de eventuais casos que possam emergir com semelhantes contornos.

Numa primeira abordagem da questão, poder-se-ia aventar que, sendo a origem do bem lesado ilícita, não haveria direito a uma compensação, ou porque inexiste um direito absoluto a ser posto em causa, ou porque a chamada à colação dos princípios fundamentantes do sistema jurídico obstará a essa indemnização, quando se lidasse com a questão imputacional.

Contudo, a experiência jurisprudencial estrangeira oferece-nos exemplos de casos cuja intencionalidade problemática pode concitar dúvidas ou, pelo menos, exigir uma ponderação valorativa mais aprofundada.

Nas páginas que se seguem, tentaremos levar a cabo o exercício. Em primeiro lugar, apresentaremos algumas decisões judiciais na matéria, procurando sistematizá-las, posteriormente, de acordo com a índole problemática que apresentem. Estabelecida a sistematização referida, tentaremos oferecer uma solução que nos pareça materialmente justa e normativamente fundada para cada um dos casos-tipo que identifiquemos.

2. Experiência jurisprudencial

Em 1979, o *Bundesgerichtshof*¹ decidiu um caso em que um apartamento pertencente ao sujeito A foi danificado, na sequência de explosões que se fizeram sentir. B, o lesante, provocou as referidas explosões na sua mina, situada a poucos metros. A, lesado, exigiu uma indemnização pelos danos, entre os quais considerava a perda da renda. Na verdade, ele tinha celebrado um contrato de arrendamento e os arrendatários, em face das lesões, acabaram por abandonar o imóvel. No entanto, como os quartos não cumpriam todos os requisitos exigidos por lei para o arrendamento, colocou-se a questão de saber se no cômputo da indemnização deveriam ser tidos em conta os referidos danos. Considerou-se, então, que o lesado tinha direito a uma indemnização. A perda de rendimentos, segundo resulta da sentença, não pode ser compensada ao abrigo do § 252 BGB, se ele apenas pudesse ter sido obtido contrariando um dispositivo legal. Haveria, então, que estabelecer uma diferença entre as normas que desaprovam a formação de um contrato e as normas que obstam à validade do negócio.

Para Zimmermann e Mertens², este critério – de distinção entre as normas que desaprovam um contrato e não interferem com a sua validade e aquelas que o fazem – é de difícil aplicação. Numa tentativa de o concretizar, os autores oferecem-nos algumas pistas. Assim, não há interferência com a validade quando a proibição em causa tem uma função meramente regulatória. Daí que os rendimentos obtidos com trabalho ilícito (*Schwarzarbeit*) não possam ser compensados.

Um caso com uma intencionalidade problemática análoga foi discutido na Áustria. Em 1999, o *Oberster Gerichtshof*³ concede uma indemnização a A, que é lesado na sua integridade física, num acidente provocado por B. A dificuldade do caso passava por A ter desenvolvido um trabalho clandestinamente, não declarando os seus rendimentos, e vir, em face da lesão que sofreu, exigir uma compensação pela perda de rendimentos, entre os quais se computavam aqueles. A decisão haveria, contudo, de ser favorável. O

¹ *Bundesgerichtshof*, 30 Novembro, 1979, VZR 214/77 (BGHZ 75/366), in *Digest of European Tort Law*, vol. II, *Essential Cases on Damages*, Berlin, Gruyter, 2011, 349. Veja-se, igualmente, 350, com comentário de R Zimmermann e S. Mertens,

² Cf. R ZIMMERMANN/S. MERTENS, comentário a *Bundesgerichtshof*, 30 Novembro, 1979, 350.

³ *Oberster Gerichtshof*, 25 de Março, 1999, 2 Ob 289/97g (SZ 72/54), in *Digest of European Tort Law*, II, 352.

tribunal considerou que o contrato não é nulo, embora se pudesse discernir um facto punível do ponto de vista não civil⁴.

Também em França se conhecem casos análogos. A 2^{ème} *Chambre civile da Cour de Cassation*, em 24 de Janeiro de 2002⁵, pronunciou-se sobre o seguinte problema: A é lesada num acidente de automóvel, ficando impedida de trabalhar durante algum tempo, razão pela qual vem exigir uma indemnização que cubra todas as perdas, incluindo a perda de rendimento de trabalho não declarado. O Tribunal de recurso deu razão a A, mas a decisão seria anulada pela *Cour de Cassation*, que veio sustentar que a vítima apenas pode obter uma indemnização pela perda de rendimentos legais, isto é, não ilícitos. A mesma posição jurisprudencial foi reiterada em 2007, pela *Cour de Cassation*, em 22 de Fevereiro, então num processo que lidava com a perda de rendimentos ilicitamente obtidos por via de um contrato inválido celebrado entre um sujeito e um casino⁶.

Esta parece, aliás, ser a posição maioritariamente acolhida ao nível europeu. Na Bélgica, em 14 de Maio de 2003, a *Cour de Cassation* pronunciou-se, igualmente, sobre um caso que envolvia trabalho não declarado⁷. A trabalhava numa pastelaria o dobro das horas que eram permitidas. O que recebia pelas horas extraordinárias realizadas não era declarado às finanças. Porque este trabalho era prestado em violação da legislação laboral/social (que fixa o número de horas de laboração), o tribunal não concedeu uma indemnização a A pela perda do seu rendimento, quando, lesado, deixou de poder efetuar o referido trabalho. Mas o Supremo Tribunal veio, posteriormente, considerar que o lesado teria direito a uma compensação na parte em que não esteja em causa uma quantia obtida ilicitamente. A pretensão decaiu apenas na parte respeitante ao rendimento do trabalho ilegal, por se tratar de uma vantagem ilícita. Em comentário, Dubuisson, Durant e Schmitz sublinham que a privação de vantagens contrárias à lei, à ordem pública ou à moralidade não é indemnizável no ordenamento jurídico belga⁸. Mas questionam se, no caso relatado, os ganhos em apreço serão mesmo ilícitos, isto é, será o ato em si mesmo ilícito ou a ilegalidade residirá apenas no facto de tais ganhos não terem sido declarados.

4

⁴ Karner, em comentário, sublinha que o cerne da questão passa por ver qual o âmbito e o propósito das proibições em questão – cf. *Digest of European Tort Law*, II, 352.

⁵ 2^{ème} *Chambre civile da Cour de Cassation*, 24 de Janeiro de 2002, *Digest of European Tort Law*, II, 356, com comentário de J.S. Borghetti.

⁶ *Digest of European Tort Law*, II, 357.

⁷ *Hof von Cassatie*, 14 Maio 2003, P.02.1204.F, in *Digest of European Tort Law*, II, 358.

⁸ *Digest of European Tort Law*, II, 359.

Importa, portanto, ter em conta a cisão entre a questão fiscal propriamente dita e a violação da legislação laboral/social que aqui é chamada à colação.

Na Grécia, em 2004, foi proferida uma sentença que rompe com o sentido explicitado. Tal decisão, de que daremos conta de imediato, aliás, rompe, também, com a corrente jurisprudencial que existia sobre a matéria naquele país. Em causa estava um cidadão albanês, que foi mortalmente ferido num acidente de automóvel, vindo a sua mulher e filhas exigir uma indemnização, na qual computam a perda de uma pensão de alimentos. Contudo, ele não tinha permissão para trabalhar na Grécia⁹. Ainda assim, o tribunal considerou que as que lhe sobreviveram tinham direito a uma indemnização, tendo em conta que, “de acordo com o rumo normal dos acontecimentos, o lesado teria continuado a trabalhar, se a morte não tivesse ocorrido”. O fundamento da decisão é meramente contrafactual, despido de qualquer valoração e rompe com a decisão 375/2003, nos termos da qual não haveria indemnização sempre que o rendimento é obtido no quadro de uma atividade contrária à lei ou aos bons costumes ou quando é obtido com trabalho ilegal¹⁰.

Para além do trabalho não declarado ou dos casos que envolvem a violação de determinadas disposições legais, outras são as constelações que podem envolver a obtenção de rendimentos ilícitos. A leitura do *Digest of European Tort Law*, na parte respeitante aos *damages*, faz-nos perceber que um campo fértil para a problematização desta temática é a prostituição. O tratamento dado ao problema não é, no entanto, absolutamente uniforme no espaço europeu, fruto da diversidade de tratamento dispensado à própria prostituição. Ainda assim, são constatáveis linhas de continuidade que importa ter em conta. Em 6 de Julho de 1976, o *Bundesgerichtshof*¹¹ pronunciou-se sobre um caso com a seguinte intencionalidade problemática: A, prostitua, é lesada por B num acidente. Em virtude da lesão, deixa de poder trabalhar durante trinta dias. Num dia normal de trabalho, A tinha cerca de 15/20 clientes, pelo que se verifica uma perda de rendimentos fruto da incapacidade temporária. Considerou o *Bundesgerichtshof* que não

5

⁹ Areios Pagos 3/2004, in *Digest of European Tort Law*, II, 355

¹⁰ Cf., para a referência a esta alteração jurisprudencial, *Digest of European Tort Law*, II, 356.

Sobre este mesmo caso, cf. a tentativa de resolução à luz dos *Principles of European Tort Law* e do *Draft Common Frame of Reference - Digest of European Tort Law*, II, 373. A pretensão indemnizatória seria rejeitada, em face do artigo 2:103 PETL, mas poderia ser acolhida no quadro do DCFR.

¹¹ *Bundesgerichtshof* 6 de Julho de 1976, VI ZR 122/75 (BGHZ 67, 119), in *Digest of European Tort Law*, II, 350, com comentário de R. Zimmermann e S. Mertens.

havia direito a uma compensação, segundo o § 252 BGB, porque a prostituição é desenvolvida *contra bonos mores*. Admitir a compensação implicaria que o ordenamento jurídico entrasse em contradição consigo mesmo. Mas, o tribunal não desatende totalmente a pretensão. A teve direito a uma montante que cobrisse as necessidades básicas e que poderia ser obtido por uma pessoa saudável em condições normais, já que, de outro modo, o próprio lesante sairia beneficiado¹².

Cinco anos mais tarde, seria a vez de um tribunal austríaco se pronunciar sobre um caso idêntico¹³. A decisão haveria, contudo, de ser inversa, tendo sido o pedido da prostituta acolhido, por se considerar que o § 1325 ABGB determina que alguém que sofre uma lesão corporal tem direito a uma indemnização pela perda de lucros, onde se incluem os lucros de uma prostituta¹⁴.

Em Espanha, a sentença do Tribunal Superior da Catalunha que lida com um caso análogo data de 24 de Fevereiro de 2003¹⁵: A, prostituta, é morta por B, num período em que este sai temporariamente da prisão. A mãe e os filhos de A exigem uma indemnização, que é concedida. Martín-Casals e Jordi Ribot sublinham, em comentário ao caso, alguns dados importantes: a perda de rendimentos resultantes de atividades ilícitas ou imorais não constitui um dano compensável, à luz do ordenamento jurídico espanhol. Mas, se a vítima é um criminoso que não tem outro meio de subsistência senão aqueles que lhe advêm dos crimes cometidos, não é por isso que, sendo morta, os seus familiares não têm direito a uma compensação. Simplesmente se, no tocante aos danos morais, não há nenhuma distinção a ser feita, no que respeita aos danos patrimoniais, não podem ser tidos em conta os rendimentos da atividade ilícita. De acordo com Martín-

6

¹² Segundo a explicitação de Zimmermann e Mertens, hoje a prostituição tem um regime especial na Alemanha – *Prostitutionsgesetz*, considerando-se que entre a profissional do sexo e o seu cliente se celebra um contrato. No entanto, esse contrato é ainda considerado *contra bonos mores*, pelo que não perdeu sentido a discussão sobre se deve ou não haver um direito à indemnização. Mais esclarecem os autores que vários são os argumentos que se mobilizam num sentido e noutro. Entre eles, sublinhe-se a ideia de que não se pode oferecer à prostituta uma pretensão indemnizatória mais favorável do que aquela que seria reconhecida a uma pessoa desempregada. Por outro lado, se a obrigação no âmbito do contrato em questão não é exigível, soa estranho que depois possa haver direito a uma indemnização no seio de um contrato – cf. R. ZIMMERMANN/S. MERTENS, *Digest of European Tort Law*, II, 350.

¹³ *Oberster Gerichtshof*, 12 Maio de 1981, 2 Ob 62/81, SZ 54/70, in *Digest of European Tort Law*, II, 351.

¹⁴ Cf. *Digest of European Tort Law*, II, 351, considerando-se que não se lida, aqui, com a questão da ilicitude, uma vez que a prostituição não é proibida na Áustria, e que o problema do contrato *contra bonos mores* é irrelevante, por não ser a prostituta obrigada a devolver a remuneração que recebeu, apesar da nulidade do contrato.

¹⁵ *Digest of European Tort Law*, II, 362, com comentário de Martín-Casals e Jordi Ribot.

Casals e Jordi Ribot, não deve ser excluída a compensação de rendimentos abstratos, já que a vítima não pode ser colocada em pior situação do que outro lesado em idade de trabalho¹⁶.

Em Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão de 27 de Novembro de 2007, lida igualmente com uma questão atinente à morte de uma prostituta, assassinada pelo seu cliente¹⁷, tendo atribuído uma indemnização que teve em conta quer o sofrimento da vítima, antes da sua morte, quer o dano económico sofrido pela mãe, a quem a vítima pagaria despesas médicas. De acordo com o comentário de André Pereira e Maria Manuel Veloso, o montante da indemnização ficou aquém do *standard* médio de indemnizações, tendo, para tanto e embora o STJ não se tenha pronunciado explicitamente sobre a questão, pesado o facto de A ser prostituta e consumir habitualmente drogas. Não houve qualquer referência expressa a ganhos ilícitos¹⁸.

Noutras situações, o que está em causa não é a perda de rendimentos obtidos de forma ilícita ou contrária aos bons costumes, mas sim a perda de um bem que foi ilicitamente obtido. A questão pode enunciar-se de diversas formas: A destrói um quilo de cocaína pertencente a B; A assalta a casa de B, subtraindo-lhe uma arma particular proibida ou um bem que tinha sido furtado a C.

Em 2 de Setembro de 2008, na Suécia foi decidido um caso com uma estrutura e intencionalidade problemáticas idênticas a estes abstratamente considerados¹⁹. A furtou B, subtraindo-lhe uma soma equivalente a 15000 €. B demanda A, que admitiu o furto no apartamento, mas se recusa a pagar a indemnização por aquele dinheiro ter sido obtido de forma ilícita, como resultado da venda de droga. O Supremo Tribunal sueco, depois de relembrar que a subtração de dinheiro deve ser entendido com um dano na propriedade e não um *pure economic loss*, sublinha que as demandas contrárias à lei ou à moralidade não devem ser consideradas merecedoras de proteção, de acordo com o princípio *pactum turpe*, que assim vê a sua eficácia estendida para além do domínio contratual. Porém, no caso concreto, o vendedor de drogas teve direito a uma indemnização. H. Andersson esclarece, em comentário, que não pode haver direito a uma indemnização pela violação

¹⁶ MARTÍN-CASALS/Jordi RIBOT, *Digest of European Tort Law*, II, 363.

¹⁷ *Digest of European Tort Law*, II, 364, com comentário de André Pereira e Maria Manuel Veloso.

¹⁸ Temos dúvidas acerca da possibilidade de extrapolação da intencionalidade subjacente à decisão do STJ. De todo o modo, teremos oportunidade de voltar a este ponto *infra*.

¹⁹ *Högsta domstolen*, 2 de Setembro de 2008, NJA 2008, 861, in *Digest of European Tort Law*, II, 369 s., com comentário de H. Andersson.

da propriedade de um bem furtado, porque nem sequer se consegue discernir um direito de propriedade propriamente dito. Mas, no caso concreto, há uma pequena *nuance*: o dinheiro não é o objeto do ato ilícito, embora tenha sido obtido por meio de uma transação ilícita²⁰. A questão é particularmente sensível, uma vez que, como alerta Andersson, há fortunas que podem ter sido constituídas de maneiras não autorizadas ao longo dos tempos, pelo que haverá de se estabelecer um critério entre as posições que são protegidas e as posições que não são protegidas a este nível.

3. Tipologia de casos

Do breve périplo pela jurisprudência europeia nesta matéria, podemos desentranhar alguns casos-tipo que, grosso modo, se agregam em três grupos.

Assim, há que considerar as hipóteses de perda de rendimentos obtidos ilicitamente ou de forma contrária à valoração do ordenamento jurídico; as hipóteses de lesão de um bem que foi obtido ilicitamente; as hipóteses de lesão de uma coisa sucedânea do bem que foi obtido ilicitamente. A estas acrescem outras hipóteses, não diretamente tratadas no acervo jurisprudencial de que demos conta, que se prendem com as situações em que é lesado um bem jurídico, no contexto da prática de um ato ilícito pelo titular desse mesmo bem.

A ponderação que se possa fazer de cada uma destas hipóteses não é a mesma, razão suficiente para as tratarmos de forma diferenciada. Na verdade, não só os argumentos que se possam mobilizar não são uniformes, consoante as especificidades do caso que os concitam, como o nicho dogmático de problematização não é sempre o mesmo.

A nem sempre clara perceção deste dado implica algumas imprecisões ou, pelo menos, que o jurista se enrede em dificuldades que podem ser ultrapassadas por outra via, sem embargo do reconhecimento da não-linearidade das questões.

3.1. A lesão de um bem obtido ilicitamente e de coisas sucedâneas do bem ilicitamente obtido

Esta será, talvez, a hipótese mais simples de todas aquelas que há a considerar. Tratando-se de um bem obtido ilicitamente, não é possível falar de um direito de

²⁰ H. ANDERSSON, *Digest of European Tort Law*, II, 370.

propriedade (ou outro direito real) sobre o mesmo. Ora, de acordo com o modelo de responsabilidade civil consagrado no ordenamento jurídico português, diretamente inspirado na lição de Ihering, o primeiro requisito que se há-de verificar para que uma pretensão indemnizatória seja procedente é a ilicitude, a desvelar-se por uma de três vias: a violação de direitos absolutos, a violação de disposições legais de proteção de interesses alheios e o abuso do direito. Não estando em causa nenhuma das outras, há a considerar aquela que encima a categoria em análise. E o certo é que, tendo o bem sido obtido ilicitamente, não se descortina o direito absoluto cuja lesão é imprescindível. Assim sendo, decai de imediato qualquer pretensão indemnizatória.

Não é, portanto, defensável a tentativa de obtenção de uma compensação pelos danos resultantes da destruição ou subtração de um objeto furtado²¹. A situação torna-se, contudo, mais complexa se o bem estiver na posse ou detenção do sujeito de forma ilícita, mas, ainda assim, seja discernível um direito de propriedade sobre ele. Imagine-se a seguinte situação: A furta de casa de B uma arma, propriedade do segundo, mas em relação à qual ele não possuía uma licença de porte.

Nesta hipótese, o problema tem de ser compreendido a outra luz. Já não é problemática a ilicitude do ato, uma vez que existe violação de um direito absoluto. Do que se trata, portanto, é de perceber qual a repercussão que a posse ilícita de arma proibida terá na dogmática ressarcitória. Ora, aqui é mister analisar a teleologia e o alcance da proibição legal. Do que se trata é de perceber – no tocante ao preenchimento da responsabilidade – quais as utilidades particulares que o lesado poderia retirar daquele direito de propriedade.

A este propósito, convém recordar algumas notas importantes.

É inerente ao direito subjetivo absoluto um dado conteúdo patrimonial, traduzível numa nota de utilidade. Sempre que ela não possa ser realizada, fruto da intervenção de um estranho à esfera de domínio traçado pelo direito, desenha-se um dano. Este importa a consideração da repercussão que a lesão teve, já não no titular abstratamente

²¹ Os problemas que se colocam ao nível do direito penal são outros e a valoração que se lhes dispensa é, também, outra. Sobre o ponto, cf., *inter alia*, J. Figueiredo DIAS, “Artigo 205º C.P.”, *Comentário conimbricense do Código Penal*, parte especial, tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 101. Percebe-se que assim seja, já que não se lida, aí, propriamente com a categoria direito subjetivo, mas com bens jurídicos, independentemente da forma de tutela que recebem do ordenamento jurídico. Por outro lado, a intencionalidade que preside à responsabilidade penal é diversa.

configurado, mas na esfera da pessoa realmente lesada, uma vez que esse impacto é variável.

Imageticamente, podemos configurar duas esferas. Uma esfera de utilidade geral – traduzida no valor patrimonial do bem objeto do direito e, mais especificamente, compreendida pela análise das diversas faculdades inerentes ao conteúdo do direito – e uma esfera de utilidade particular – colimada naquilo que o concreto titular da posição subjetiva absoluta, dentro do primeiro círculo definido, se propõe realizar. Com base no cotejo destas duas esferas podemos encontrar a essência do que é o dano. E mais do que encontrar a essência do que é o dano²², podemos encontrar aqui um critério de recondução dos danos subsequentes – dos segundos danos – ao dano evento (dano primário ou violação do direito subjetivo que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, assume uma posição charneira em toda a questão imputacional)²³.

A partir dele conseguimos, de facto, saber em que medida o que a pessoa perdeu ou aquilo que deixou de ganhar se inscreve ou não na esfera do direito cuja lesão já tinha sido imputada a um determinado sujeito²⁴. Note-se que a perda de utilidades do bem se poderá traduzir tanto no prejuízo diretamente sofrido pelo lesado (desvalorização do bem, despesas que teve de efetuar para repor a utilidade do bem, ou reparando-o ou encontrando uma alternativa que, momentaneamente ou não, satisfaça a mesma utilidade), como naquilo que deixou de ganhar, e incluir, ainda, o impacto não patrimonial que gerou²⁵. Convoca-se, portanto, a distinção entre os danos emergentes e os lucros cessantes.

10

²² Cf. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, Cedam, 1929, 256 s., afirmando que o dano não atinge o bem em si, mas a conexão da pessoa com o bem, ou seja, a relação existente entre um sujeito que tem uma necessidade e o bem apto a satisfazê-la.

²³ Assim se explica que o titular do direito à indemnização seja o titular do direito violado. Há, porém, exceções. Pense-se no artigo 495º/3 CC. O dano indemnizável é aí correspondente ao montante da obrigação de alimentos que deixou de ser cumprida.

²⁴ A análise das faculdades inerentes ao conteúdo do direito pode ser importante num momento anterior, designadamente em todas aquelas situações em que não existe uma incidência direta sobre a coisa, mas em que a modificação ou perturbação de determinadas circunstâncias envolventes pode implicar – ou não – a violação do direito subjetivo.

²⁵ A problemática dos danos extrapatrimoniais foge, porém, à tentativa de captação do fenómeno dano à luz do que ficou conhecido pela teoria da diferença.

Note-se que neste impacto patrimonial se inclui também o que geralmente vai conhecido por frustração de despesas, isto é, aquelas situações em que a pessoa fez um determinado investimento que não vai aproveitar, porque o bem acabou lesado.

A consideração do caso concreto à luz da pressuposição da memória predisponível deste âmbito específico do sistema ressarcitório permite-nos retirar uma conclusão importante. Na verdade, a chave da solução do problema enunciado passa por saber quais as concretas utilidades que B poderia retirar da arma de que era proprietário. Sabendo que o ordenamento jurídico proibia a sua utilização e detenção, poder-se-ia aventar, em abstrato, a possibilidade de B poder dispor do seu direito de propriedade. Se assim fosse, então, haveríamos de considerar que, em concreto, a lesão do direito de propriedade implicou a perda de uma utilidade particular (a possibilidade de obter um rendimento com a alienação da coisa, a perda de valor de troca) que se integra nas utilidades abstratamente traçadas pelo direito. Essencial é, então, saber se a proibição de detenção daquela arma implicava, também, ou não a possibilidade de a transacionar onerosamente²⁶. Dependendo do âmbito da proibição, assim poderia ser diferente a resposta ao problema do ressarcimento.

Mais complexa parece ser, também, a hipótese avançada de lesão de um sucedâneo do bem que é obtido ilicitamente. A não subtrai o anel de ouro que tinha sido furtado por B, mas subtrai o dinheiro que B obteve com a venda do referido anel. A este propósito, Andersson chama a atenção para a cautela que o problema envolve, sublinhando, inclusivamente, que muitas fortunas podem ter sido construídas com base em métodos não autorizados²⁷. Ora, a verdade é que nem é possível perscrutar a origem do bem que é lesado, nem cabe ao instituto da responsabilidade civil repor a correta ordenação dos bens para além daqueles que envolvem a situação lesiva. Nessa medida, e tendo em conta o caso agora em apreço, deverá garantir-se o direito ao ressarcimento pela lesão do direito de propriedade sobre o dinheiro, exceto se se puder discernir e provar uma direta sub-rogação do dinheiro pelo bem.

11

3.2. A perda de rendimentos obtidos ilicitamente

A maioria dos casos apresentados *supra* lidam com a questão da perda de rendimentos que foram obtidos ilicitamente ou, noutros casos, contra os bons costumes. O problema há-de ser ponderado, uma vez mais, ao nível do preenchimento da responsabilidade. Importa, por isso, notar que, contra o que é explicitado em muitas

²⁶ Verdadeiramente, aqui, o que estaria em causa seria a perda de um rendimento de um bem. Simplesmente, no caso, não é o rendimento que é obtido ilicitamente, mas o bem que é detido ilicitamente.

²⁷ H. ANDERSSON, *Digest of European Tort Law*, II, 370.

decisões judiciais, o relevante não é determinar a validade ou invalidade de um contrato que pode estar na base da situação controvertida, mas partir da consideração do bem jurídico lesado (o direito subjetivo absoluto violado ou o interesse legalmente protegido preterido) para determinar os danos que aí se podem inscrever.

Assim, no caso da prostituta²⁸, embora o dado possa ser convergente, não nos deve preocupar saber qual o valor do acordo estabelecido entre ela e os clientes. A discussão sobre a validade ou invalidade, colimada na ilicitude ou na violação dos bons costumes (sendo que uma e outra geram, entre nós, a nulidade), podendo ser importante, impede-nos de nos situar no patamar dialógico onde nos devemos encontrar para resolver a questão. A pretensão indemnizatória alicerça-se na violação do direito à integridade física ou, noutros casos, do direito à vida. É inequívoco que, independentemente de estarmos ou não a lidar com uma prostituta, deve ser atribuída uma compensação. A ilicitude desvela-se em concreto. E a partir dela serão, em concreto, discerníveis danos, entre os quais a perda da capacidade para trabalhar. Não basta, porém, que se possam considerar hipoteticamente putativos danos. Pelo contrário, devem ser provados em concreto. Estando em causa a morte da prostituta, os danos patrimoniais integrarão, necessariamente, a perda de rendimentos, tendo em conta a idade da vítima e a esperança de vida profissional futura²⁹. Lesando-se a sua integridade física, indemnizar-se-ão, em princípio, os lucros cessantes associados à perda de capacidade para trabalhar. Simplesmente, se essa incapacidade for temporária, os danos são computados tendo em conta aquilo que o lesado efetivamente deixou de auferir e não aquilo que ele hipoteticamente poderia ter deixado de auferir, já que a indemnização vai cobrir o que ele receberia se não tivesse existido a lesão e, portanto, vai-se ater a dados dos quais se há-de fazer prova bastante.

Para obter uma indemnização, a prostituta teria de provar os rendimentos em concreto que deixou de auferir. Mas isto não seria suficiente. Na verdade, teríamos de

²⁸ Cf. KOZIOL, “General conditions of liability”, *Principles of European Tort Law, Text and commentary* (EUROPEAN GROUP ON TORT LAW), Springer, Wien, 2005, 25.

²⁹ Não estamos aqui a considerar outras parcelas do dano que serão atribuídas aos familiares sobreviventes, quer por via sucessória, quer diretamente. Pensamos, designadamente, na compensação dos danos não patrimoniais sofridos pela vítima antes de morrer, do dano da morte, e dos danos sofridos diretamente pelos familiares sobreviventes. Para uma consideração de todos eles, cf. artigo 496º CC. Veja-se, ainda, Mafalda Miranda BARBOSA, “A (im)pertinência da autonomização dos danos puramente morais? Considerações a propósito dos danos morais reflexos”, *Cadernos de Direito Privado*, nº45, Jan./Março 2014, 3 s.

ver, partindo da lesão do bem jurídico integridade física, se a utilidade que se perde se integra ou não entre as faculdades que o direito absoluto em causa potencia ao seu titular. Se nenhuma dúvida há quanto à capacidade para trabalhar, e a partir daí obter rendimentos, a prestação de serviços sexuais não pode ser entendida como o exercício de uma profissão. Em apreço passa, portanto, a estar a liberdade de disposição do próprio corpo associada ao direito à integridade física ou, mais genericamente, ao direito geral de personalidade. Simplesmente, esse direito que se invoca ou essa faculdade jurídica – enquanto poder inerente ao conteúdo de um direito subjetivo – que se reclama inexistem em concreto.

Na verdade, contra o que é muitas vezes sustentado, a autonomia que se associa ao ser pessoa, base do reconhecimento dos direitos de personalidade pelo ordenamento jurídico, não pode ser entendida no vazio. Herdeiros que somos do pensamento moderno, a liberdade surge muitas vezes pensada num sentido empobrecedor, como uma mera ausência de constrição heterónoma. O homem, tido por autossuficiente, é compreendido, nesse quadro, como um ente que se situa antes de qualquer contacto social, um indivíduo, em confronto com os demais – tidos como obstáculos à realização das suas aspirações – e com o Estado. A grande preocupação que avulta é, portanto, a da limitação do poder daquele – forjado com base no mecanismo do contrato, através do qual o indivíduo lhe transfere parte dos seus direitos, de modo a garantir a ordem e sair do estado de natureza – e qualquer imposição ou proibição surge como anómala, como uma limitação da vontade do indivíduo³⁰. A liberdade seria, então, a mera liberdade negativa, como

13

³⁰ Para o pensamento moderno, arauto do liberalismo, a liberdade – estribada no indivíduo – era vista de um prisma meramente negativo (cf., a este propósito, Lucien JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris: Fayard, 1997 e *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris: Fayard, 2000). Mas a visão libertária da liberdade não se confina ao passado, apresentando, atualmente, um peso específico grande. Pense-se em Rawls, Nozick e Hayek.

Veja-se, ainda, Stuart MILL, *Sobre a liberdade*, Edições 70, Lisboa, 2006, 106, onde transparece a ideia da liberdade apenas limitada pelo confronto com a esfera de liberdade alheia (“A liberdade do indivíduo tem de ter essa limitação; não pode prejudicar as outras pessoas”). Aliás, o objetivo primacial da obra do autor é argumentar no sentido de que o Estado só tem legitimidade para atuar quando em causa esteja a necessidade de evitar que alguém cause um dano a outro indivíduo (cf. p. 159 “(...) o indivíduo não é responsável perante a sociedade pelas suas ações caso estas não digam respeito aos interesses de qualquer outro indivíduo senão ele mesmo”. E adiante – p. 160 – refere que “o indivíduo é responsável pelas ações que são prejudiciais para os interesses dos outros”, mas “de modo algum se deve supor que, dado que só o dano – ou a probabilidade elevada de haver dano – pode justificar a interferência da sociedade, isso significa que justifique sempre tal interferência”).

Por aqui se vê, desde já, que em termos jurídicos o conceito de liberdade negativa se mostra imprestável para compreender a normatividade. Não é ele que se desvela, de facto, em soluções plasmadas pelo

ausência de constrição. A ela associar-se-ia uma ideia de liberdade positiva, entendida como autonomia ou poder de autodeterminação. Sem que, contudo, essa liberdade positiva seja, também ela, sempre adequadamente compreendida. De facto, não há-de ser qualquer critério optativo que pode ascender ao estatuto de móbil orientador de condutas a ser chancelado pelo direito. Ao admitir-se tal impostação do mundo, facilmente resvalaríamos na afirmação do direito como uma pura forma, desnudada que qualquer intenção material subjacente, e bem assim na afirmação do seu modo-de-ser totalmente dependente da prescrição legislativa. Ora, a superação do pensamento positivista e a compreensão do direito como um dever-ser que é, alicerçado numa dimensão ético-axiológica, sem a qual não se pode falar verdadeiramente de direito, leva-nos a concluir que não é possível a liberdade – no direito – ser ancorada na pura vontade subjetiva do agente decisor³¹, sob pena de se chancelar como valiosa uma conduta materialmente

legislador como sejam as que se prendem com os limites impostos à validade do consentimento em caso de limitação voluntária dos direitos de personalidade. Nesse sentido, cf. artigo 81º CC.

Não colhe a nossos olhos provimento a tentativa de contornar a crítica que se dirige ao liberalismo – sobretudo na sua versão deontológica – pela afirmação de que ele não impõe o egoísmo, dado que ao edificar a sociedade com base nas escolhas individuais não impede ninguém de fomentar o altruísmo e o espírito caritativo. Pois que, se não o impõe, pelo menos permite-o e em muitos casos potencia. Além de que, em termos teóricos, a construção se alicerça numa visão do ser humano que contraria a sua estrutura ontológica mais funda. Cf. Michael J. SANDEL, *O liberalismo e os limites da justiça*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 (tradução de Carlos Pacheco do Amaral), 34.

³¹ Ligando o modo como concebemos a liberdade a uma dada conceção de juridicidade, cf. A. Castanheira NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº6, 1996, 17. O autor parte da constatação do que é a liberdade do prisma do homem da modernidade para, e uma vez que ela o condena ao vazio solitário, questionar “não se poderá ver as coisas de outro modo e reconhecer simplesmente na situação caracterizada uma restaurada, mas agora radical, separação e autonomia entre direito e a ética? (...) Não se viverá assim melhor, sem metafísicas exigências, cada um e todos mais tranquilos na administração apenas dos seus interesses (...)? (...) E porque não – terceira perspetiva possível – a superação inclusive do próprio direito (...) numa terminal evolução da *social engineering* (...)?”.

No fundo, o autor, ao tentar olhar para perspetivas hermenêuticas de abertura dialógica à pergunta maior – como entender hoje a juridicidade colimada na personalidade –, mostra que uma dada conceção negativa da liberdade só é pensável no quadro de um sistema jurídico que prescindia de uma ancoragem ética e axiológica, secundando, por isso, a nossa exposição em texto.

Se ali nos cingimos ao formalismo tipicamente referenciado quando, ao nível do direito, o jurista se quer apartar de impostações positivistas, Castanheira Neves acaba por, de uma forma alargada, questionar a (im)pertinência não só das aporias modernas, como também pós-modernas.

Dito de uma forma mais direta, há uma íntima conexão entre o modo como a juridicidade vem pensada e o olhar derramado sobre a liberdade. Donde, não bastará, no nosso percurso reflexivo, afastar o niilismo e ceticismo contaminadores da conceção do mundo e carrascos condenadores do homem ao empobrecimento da conceção ontológica que de si mesmo colhe. Haverá que perceber quais as exigências hodiernamente dirigidas ao pensamento jurídico.

desvaliosa só porque vestida com a capa formal da liberdade e, com isso, se contrariar a intencionalidade do próprio jurídico.

Deixamos, portanto, de postular uma pura forma para eivarmos a normatividade com a nota da eticidade sem a qual o direito não pode ser reconhecido como ordem justa, de direito e do direito. A ação livre não pode, pois, continuar a ser vista na solidão atomizante do homem-vazio que atende à sua vontade no sentido instintivo do seu ser. O posso, quero e mando em que ela se vem a traduzir desvirtua a dimensão em que se polariza e converte um valor num não-valor. A escolha livre deve, então, ser vista como a decisão que, na autodeterminação pessoal, não olvida a essência predicativa do ser pessoa³². Ou dito de outro modo, a liberdade só o é verdadeiramente, enquanto dimensão ontológica da pessoa, se ela não se descaracterizar, isto é, se for e enquanto for a manifestação da pessoalidade de quem a reivindica³³. Porque o ser humano é a pessoa, o

³² Cf. Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito do Direito e do Estado*, I. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 38-39: “A liberdade só existe na pessoa e esta só pode ser pessoa se for livre. As duas ideias pressupõem-se uma à outra. São elementos de significação contidos no mesmo noema (...)”.

³³ No fundo, o que se pretende salientar é que a liberdade não se reduz a um decidir no vago entre duas possibilidades de ação, porque isso não distinguiria, verdadeiramente, o homem de qualquer outro animal. A decisão livre implica – não sendo possível nunca a redução da complexidade da eleição pelo absoluto conhecimento das consequências da ação – um salto qualitativo que, na sua radicalidade, e com toda a angústia mínima ou máxima que carrega, não pode ser dado no vazio, antes implicando uma referência de sentido: a pressuposição de algo, numa perspetiva empírica do tipo analógico, que, transcendendo a própria vontade arbitrária (ou a dimensão instintiva do desejo), o sustente. É por isso que uma decisão – qualquer que ela seja – pode ser explicada e fundamentada, havendo infindáveis – e quantas vezes insindicáveis – motivos para cumprir tal desiderato. Só que, do ponto de vista ético e jurídico – já que este faz apelo ao primeiro –, torna-se improcedente o acolhimento da panóplia global de motivações individuais, na medida em que tal implicaria desconsiderar o cerne da pessoalidade em que ambas as ordens normativas se colimam. Donde resultam duas consequências. Do ponto de vista da liberdade, se esta é um atributo essencial da pessoa, o seu uso em contradição com a eticidade que a enforma e informa implica uma degradação da própria liberdade.

Por outro turno, do prisma da fundamentação do jurídico e da judicativa realização em que ele se cumpre, o desvalioso – porque contrário à dignidade da pessoa humana – não pode ser chancelado, num autismo obnubilador da axiologia fundamentante, como valioso por mero apelo a uma carapaça formal.

Cf. Castanheira NEVES, *Questão de facto*, cit., 472 a 474. Afirma o autor que, “no comportamento ético, o ego é pessoa, realidade axiológica, que se constitui pela referência e na vivência de uma ordem de valores, que não são objeto a apreender teoricamente, pois são a constitutiva dimensão axiológica da pessoa a revelar-se no seu próprio comportamento”.

E mais à frente sustenta, impressivamente, que “o sujeito pode ter de abster-se de concluir cognitivamente, mas já não pode haver abstenção ética. A abstenção, a suspensão da ação e do juízo, é sempre no domínio ético ou farisaísmo [sendo o fariseu aquele que “se fecha à compreensão, que corta a comunicação da coresponsabilidade, isolando-se do outro, através de um véu de suposta pureza] ou imoral abdicação [própria do desinteresse ou da indiferença ética, que rompe a comunicação e se recusa à humana solidariedade]”.

direito subjetivo passa a ser integrado, no seu conteúdo, por deveres, e o seu exercício passa a ser indissociável de uma nota de responsabilidade. Por isso, deixa de ser possível invocar um direito de personalidade para sustentar um comportamento que contraria a sua estrutura valorativa. Apesar de conceptualmente o direito subjetivo continuar a assentar num poder de vontade, este não é, nem pode ser, uma vontade arbitrária e sem sentido, mas há-de ser necessariamente uma vontade axiologicamente sustentada. O que quer dizer que, estando em causa um direito de personalidade, o homem não passa – por ser seu titular – a deter um poder absoluto sobre si mesmo, transformando-se num escravo de si próprio, porque o homem que o titula é pessoa e, como tal, o seu exercício há-de estar em consonância com a estrutura valorativa em que se funda. Significa isto que o direito à integridade física não integra, entre as suas faculdades, uma liberdade mal compreendida de exploração sexual do corpo.

Ora, se esta faculdade não se pode reconduzir ao conteúdo do direito violado, não é possível cogitar a indemnização pelo prejuízo constatado. Este prejuízo não é normativamente relevante, por axiologicamente contrariar o próprio fundamento da juridicidade em que nos alicerçamos. A questão resolve-se, portanto, ao nível do preenchimento da responsabilidade. Não importa, pois, analisar a questão do ponto de vista da dicotomia entre a ilicitude ou a violação dos bons costumes e do seu impacto em sede contratual.

Por isso, embora estejam associados a uma prática ilícita, a ponderação nos casos em que os rendimentos que se frustram não são declarados às finanças há-de ser diversa. É que, nessas hipóteses, de facto, o direito à integridade física violado integra a faculdade que viabilizaria o rendimento, sendo possível a recondução funcional a que aludimos atrás. A ilicitude do comportamento da vítima está em não declarar, para efeitos de tributação, um determinado rendimento, sem que tal assuma relevância do ponto de vista civilístico. Daí que se possa considerar a possibilidade de a compensação abranger a perda de tais rendimentos não declarados³⁴.

Castanheira Neves sublinha, portanto, a natureza do ser humano como um “ser com os outros numa coresponsabilidade moral”.

³⁴ Veja-se, porém, no domínio dos seguros de responsabilidade civil automóvel, o artigo 64º/7 DL nº291/2007, na versão mais recente, introduzida pelo DL nº153/2008, para o qual também nos chamam a atenção André Pereira e Maria Manuel Veloso (cf. *Digest of European Tort Law*, II, 364). Dispõe o preceito que “para efeitos de apuramento do rendimento mensal do lesado no âmbito da determinação do montante da indemnização por danos patrimoniais a atribuir ao lesado, o tribunal deve basear-se nos rendimentos

Entre estas duas situações extremas, encontramos aquelas cujos contornos se apresentam mais difusos. Pense-se, por exemplo, na hipótese *supra* relatada de A, que é lesado, deixando de poder efetuar horas extraordinárias e tendo com isso uma quebra no seu rendimento mensal, sendo certo que aquele trabalho suplantava o tempo diário de trabalho permitido por lei. Neste trabalho clandestino, não está apenas em causa a falta de declaração fiscal, mas a própria impossibilidade legal de efetuar a prestação a que se obrigou. Embora em abstrato a utilidade perdida se possa integrar no conteúdo do direito, em concreto, ela não existe. A exclusão do ressarcimento já não é determinada ao nível do preenchimento da responsabilidade, mas ao nível da determinação e cômputo do dano³⁵. E o mesmo se pode dizer relativamente ao arrendamento dos quartos que não cumprem certas imposições legais.

3.3. A lesão de um bem jurídico, no contexto da prática de um ato ilícito pelo titular desse mesmo bem

A hipótese a que agora aludimos diverge, em absoluto, daquelas que tratámos até ao momento. Podemos dizer mesmo que o âmbito problemático é outro. Não obstante, e porque a nossa intenção é oferecer uma reflexão acerca de casos tipo que, no quadro da responsabilidade civil, envolvem a prática de um ato ilícito por parte do lesado-vítima, pensamos justificar-se o ponto expositivo que assim se inicia.

O que agora se problematiza é a própria fundamentação da responsabilidade. A é ferido de morte por um polícia ou um civil durante um assalto³⁶. Terão os familiares sobreviventes direito a uma indemnização? Sem dúvida que conseguimos discernir a

17

líquidos auferidos à data do acidente que se encontrem fiscalmente comprovados, uma vez cumpridas as obrigações declarativas relativas àquele período, constantes de legislação fiscal”. O âmbito da norma fica circunscrito às ações de responsabilidade civil por acidentes de viação. Mas não deixa de ser um referente importante para efeitos de ponderação mais alargada do problema no quadro do nosso ordenamento jurídico. A grande dificuldade da compensação da perda de rendimentos não declarados passa, também, pela prova dos mesmos.

³⁵ A este nível, torna-se, contudo, fundamental ter em conta a própria intencionalidade da norma que é violada. Só a sua análise nos permitirá perceber se, de facto, o trabalhador vê mesmo excluída da sua esfera a possibilidade de laborar para além de um determinado limite horário ou se essa proibição é apenas erigida para sua proteção, não o privando, contudo, daquela faculdade.

³⁶ Sobre o ponto, cf. H. ANDERSSON, *Digest of European Tort Law*, II, 370, por referência ao ordenamento jurídico sueco, considerando que, neste caso, não há direito a uma indemnização por o lesado se ter colocado fora o âmbito de proteção da *tort law*, mas acrescentando que, se aquele que se introduzir num espaço vedado ao público for uma criança ou um adulto sem malícia, não é certa a exclusão da indemnização.

ilicitude, pela lesão do direito à vida, mas resta problemático o nexo de imputação objetiva³⁷.

Para que a imputação, em que se transmuta a causalidade, pela perspetivação do problema (e da própria responsabilidade civil) do ponto de vista ético-axiológico e não apenas dogmático, na necessária remissão dos critérios jurídicos para os fundamentos, possa ter lugar, há que encontrar-se, desde logo, uma esfera de risco/responsabilidade titulada pelo pretense lesante. A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exatamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo. A culpabilidade não se confunde, contudo, com a “causalidade”. Pode o epicentro da imputação objetiva residir na imputação subjetiva firmada, sem que, contudo, os dois planos se confundam. Condicionam-se dialeticamente, é certo, não indo ao ponto de se identificar. O condicionamento dialético de que se dá conta passa pela repercussão do âmbito de relevância da culpa em sede de imputação objetiva. Isto é, a partir do momento em que o agente atua de forma dolosa, encabeçando uma esfera de risco, as exigências comunicadas em sede do que tradicionalmente era entendido como o nexo de causalidade atenuam-se. Acresce que, ainda que a previsibilidade releve a este nível, o ponto de referência dela será diferente. Assim, a previsibilidade de que se cura deve ser entendida como cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que

³⁷ Sobre o ponto, para mais desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípi, 2013 e *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspetivas em matéria de nexo de causalidade*, Princípi, 2014

incrementa. Ela não tem de se referir a todos os danos eventos. Designadamente, não terá de se referir aos danos subsequentes ou àqueles que resultem do agravamento da primeira lesão. Por isso, quando afirmamos que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa tem de se referir ao resultado, acompanhamos, entre outros, autores como Lindenmaier³⁸, Von Caemmerer³⁹ ou Till Ristow⁴⁰, para sustentar que a previsibilidade que enforma a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da edificação da esfera de risco que se passa a titular. Assim, para que haja imputação objetiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o gérmen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*. Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja *diminuição do risco* e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo*.

Quer isto dizer que aquele que dispara mortalmente contra A, autor do assalto, atua titulando uma esfera de responsabilidade, cujos contornos terão de ser precisados em concreto. Havermos, por isso, de ver se houve ou não violação de determinados deveres por parte do pretense lesante. Mas, ainda que a conclusão seja essa, tal não é bastante. A esfera de risco titulada pelo lesante há-de ser confrontada com a esfera de risco titulada pelo lesado⁴¹. São a este nível ponderadas as tradicionais hipóteses da existência de uma predisposição constitucional do lesado para sofrer o dano. Lidando-se com a questão das

³⁸ LINDENMAIER, “Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen”, *Festschrift für Wüstendörfer, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreizehnter Band (113), 3/4, 1950, 215

³⁹ VON CAEMMERER, “Die Bedeutung des Schutzbereichs einer Rechtsnorm für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Verkehrsunfällen”, *Deutsches Autorecht* 70, 290

⁴⁰ TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003, 217

⁴¹ Em rigor, haverá que ser cotejada com a esfera de risco geral da vida, com a esfera de risco titulada pelo lesado e com a esfera de risco titulada por um terceiro que intervenha na situação. Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, cap. VIII.

Para a consideração do problema que agora tratamos, restringir-nos-emos contudo à consideração da esfera de risco do próprio lesado.

debilidades constitucionais do lesado, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, exceto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Se não forem conhecidas, então a ponderação há-de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem, assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevam, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiossincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. A mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu biopsiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nu. Há que determinar nestes casos em que medida existe ou não uma atuação livre do lesado que convoque uma ideia de autorresponsabilidade pela lesão sofrida. Não é outro o raciocínio encetado a propósito das debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos oneram enquanto pessoas para salvaguarda de nós mesmos. Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico – mormente o pensamento jurídico transfronteiriço – tenha gizado como critério guia do decidente o critério da provocação. Tornam-se, também, operantes a este nível ideias como a autocolocação em risco ou a heterocolocação em risco consentido. Havendo essa atuação livre do lesado, temos que ver até que ponto os deveres que oneravam o lesante tinham ou não como objetivo obviar o comportamento do lesado. Tido isto em mente, bem como a gravidade da atuação de cada um, poderemos saber que esfera de risco absorve a outra ou, em alternativa, se se deve estabelecer um concurso entre ambas. Em termos positivos, poder-se-á convocar como guia do decidente o artigo 570º CC.

20

O que assim se considera em geral e de forma sucinta auxilia-nos na busca de um critério de solução do problema que temos em mãos. Na verdade, a exclusão da responsabilidade, nesta hipótese, não sendo absolutamente líquida, *a priori*, afigura-se como provável, exatamente porque o lesado se autocoloca em risco, absorvendo com a

sua atuação ilícita (de outro prisma) a esfera de risco/responsabilidade do outro sujeito. Reitere-se, não obstante, a ideia de que pode em concreto não se operar a referida exclusão.

4. Fundamentação e preenchimento da responsabilidade

O que ficou dito, para além do interesse prático-normativo na definição de critérios de solução de casos eivados de um grau de problematicidade evidente, permite-nos reforçar a importância da distinção entre a causalidade fundamentadora e a causalidade preenchedora da responsabilidade. Tradicionalmente, o nexo de causalidade era entendido de forma unívoca, estabelecendo a ligação entre a conduta ilícita e culposa e os danos sofridos pelo lesado. Fruto da boa influência sofrida de além-fronteiras, a doutrina portuguesa passou a distinguir, mais recentemente, dois nexos de causalidade. Melhor dizendo, o nexo de causalidade comunga, naquela que nos parece ser a melhor visão do problema, uma natureza binária. Lado a lado concorrem a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira liga o comportamento do agente à lesão do direito ou interesse protegido⁴²; a segunda liga a lesão do direito ou interesse protegido aos danos consequenciais (segundo dano) verificado. A bifurcação a que se alude é análoga à estabelecida no quadro do ordenamento jurídico germânico. Distinguem, aí, os autores a *haftungsbegründende Kausalität* da *haftungsausfüllende Kausalität*⁴³.

21

⁴² Problematizar-se-á, portanto, sempre que a nossa perspetiva se centre na lesão de um direito subjetivo absoluto, seja ela uma lesão primária ou subsequente à prévia lesão de outro direito absoluto.

⁴³Cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Elwert, Malburg, 1904, 219; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8 Aufl., 1995, 210 (cf. também pág. 521, afirmando que o nexo de causalidade cumpre uma função positiva de imputação e uma função negativa de delimitação dos danos); LARENZ, *Lebruch des Schuldrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, 14ª edição, München, 1987, 432; ENNECCERUS-LEHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse*, 15 Aufl., Mohr, Tübingen, 1958, 60; ULRICH MAGNUS, “Causation in german tort law”, *Unification of Tort Law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, 63; GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, 545 s.; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9 Aufl., De Gruyter, Berlin, New York, 1997, 290-292 (Cf., também, FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10 Aufl., De Gruyter, Berlin, 2006, 299 s.); ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete und erw. Aufl., Carl Heymanns Köln, Berlin, Bonn, München, 1996, 84 (considerando, ademais, que a causalidade fundamentadora da responsabilidade não necessita de ser adequada, não tendo de se verificar o requisito da adequação também ao nível das disposições de proteção de interesses alheios); HERMANN LANGE, GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts. Schadenersatz*, 3 Aufl., Mohr, Tübingen, 2003, 77 s.; HENNIG LÖWE, *Der Gedanke der*

Prävention im deutschen Schadensersatzrecht. Die Flucht in den Geldersatz immaterieller Schäden. Zugleich eine Besprechung der Caroleine – Urteil des Bundesgerichtshofs und des Draehmpaehl – Urteil des Europäischen Gerichtshofs, Peter Lang, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Frankfurt, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 1999/2000, 106, 115 e 230 s.; HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, 392 s.; B. WINIGER/H. KOZIOL/B.A.KOCH/R. ZIMMERMANN (eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 1, *Essential Cases on Natural Causation*, Springer, Wien, New York, 2007, 7 e 593 s.; KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität“, *Juristenzeitung*, 31, Heft 11/12, 1976, 338 s., onde, estabelecendo-se a mesma distinção, o autor fala de *Folgenschäden* como sinónimo de *haftungsausfüllende Kausalität*; GOTZLER, *Rechtmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang*, Beck, München, 1977, 101 s.; FRITZ LINDENMAIER, „Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen“, *Festschrift für Wüstendörfer*, *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreuzehnter Band (113), 1950, 207 s., em especial 214 s. (distinguindo a dupla função da causalidade: *haftungsauslösender Kausalität* e *haftungsbegründende Kausalität*); ULRICH HUBER, „Normzwecktheorie und Adäquanztheorie. Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968“, *Juristenzeitung*, 21, 1969, 678; GREGOR CHRISTANDL, „BHG, 12 febbraio 2008, VI ZR 221/06 (OLG Saarbrücken) – Responsabilità medica: causalità e onere della prova nel diritto tedesco“, *Persona e Danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010849.aspx; HEIN KÖTZ, / GERHARD WAGNER, *Deliktsrecht*, 11. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, 59; STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, München, 2000, 25-26

Tal distinção acaba por ser conexa com cisões estabelecidas no quadro de outros ordenamentos jurídicos⁴⁴⁻⁴⁵.

⁴⁴ Cf. GINO GORLA, “Sulla cosiddetta causalità giuridica “fatto dannoso e conseguenze”, *Rivista di Diritto Commercial e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, anno XLIX, 1951, 405 s.; PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 1992, 88; PIETRO TRIMARCHI, *Causalità e danno*, 17 (cf., também, do autor, “La causalità nella responsabilità civile”, *Persona e danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/files/011251_resource1_orig.pdf, 1; CLÁUDIO TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, 344; ALBERTO MONNOSI, “Prova dell’inadempimento e liquidazione del danno”, *Responsabilità civile e previdenza*, 2000, 1025 a 1044; CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Cedam, Padova, 1990, 9 s.; FRANCESCO GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. 3, Cedam, 2010, 170; M. GRAZIADEI E D. MIGLIASSO, in B. WINIGER/H. KOZIOL/B.A.KOCH/R. ZIMMERMANN (eds.), *Digest of European Tort Law*, 602 s.; RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità*, Utet Giuridica, Torino, 2006, 31 s.; BORDON/ROSSI/TRAMONTANO, *La nuova responsabilità civile, Causalità – Responsabilità oggettiva – Lavoro*, Utet, Torino, 2011, 33 s.; H.L.A. HART E TONY HONORÉ, *Causation in the law*, 2nd edition, Claredon Press, Oxford, 2002 (reprinted), 84-85; LEON GREEN, “The causal relation issue in negligence law”, *Michigan Law Review*, vol. 60, nº5, 1962, 574; STATHIS BANAKAS, « Causalité juridique et imputation: réflexions sur quelques développements récents en droit anglais », www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267949_banakas.pdf; ID., “Causalité juridique et imputation. Réflexions sur quelques développements récents en droit anglais”, *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile, actes du colloque des 15 et 16 décembre 2006, Faculté de droit et de science politiques de Rennes*, *Revue Lamy Droit Civil*, 2007/40, nº2641, 94 s.; GENEVIEVE VINEY e PATRICE JOURDAIN, *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin, Les conditions*, LGDJ, Paris, 197; FRANÇOIS-PAUL BENOIT, “Essai sur les conditions de la responsabilité civile en droit public et privé. Problèmes de causalité et d’imputabilité”, *JCP, La semaine juridique*, 1957, I, 1351; CHRISTOPHE QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, 11, 205 e 348; R. CHAPELARD, *Le préjudice indemnisable dans la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique*, Grenoble, 1981, 152 s.

⁴⁵ No quadro da doutrina portuguesa, veja-se, igualmente, CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, 337, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Lisboa-Porto, 2003, 304; e *Direito Civil/Responsabilidade civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 100; BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, 429-430; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Coimbra, 1929, XII, 441; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, 507; PITTA E CUNHA, *Omissão e dever de agir em direito civil. Contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão*, Almedina, Coimbra, 1999, 50; GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 65 s.; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Almedina, Coimbra, 2006, 143, n. 426 [em sentido crítico]; e, com grande desenvolvimento (bem como com uma extensa lista de referências bibliográficas), PAULO MOTA PINTO, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 640 s., 924 s., nota 1834. Considerando que a formulação rigorosa dela suscita problemas, a que não é imune a própria relevância da cisão (v. pág. 924-925), vem afirmar que há vantagens claras no seu estabelecimento: permite separar o direito da responsabilidade do direito da indemnização, ao mesmo tempo que pode ser relevante para delimitar os poderes do Tribunal na decisão sobre a existência de um dano e o seu quantitativo, permitindo-se um aligeiramento da prova para a causalidade preenchedora da responsabilidade. Para Paulo Mota Pinto, a quem devemos, aliás, importantes referências bibliográficas na matéria, a “distinção não é uma

O entendimento não colhe, contudo, unanimidade⁴⁶. Por isso, impõem-se algumas notas a este propósito.

Em primeiro lugar, cumpre salientar que a cisão se torna particularmente relevante no quadro de um ordenamento jurídico como o nosso em que somos confrontados – como requisito inultrapassável para a procedência de uma pretensão indemnizatória – com a exigência de verificação de ilicitude assente no resultado (violação de um direito absoluto ou de um interesse legalmente protegido). Na ausência de uma proteção geral do património, o artigo 483º CC desenha como centro nevrálgico da responsabilidade a violação de direitos. Ademais, a ilicitude é – para salvaguarda da separação entre o ilícito

determinação da natureza das coisas, mas deve ser adotada e como distinção entre dois nexos de causalidade e não apenas como um problema de causalidade e um outro de avaliação e medida dos danos” (cf. pág. 927). E deve sê-lo porque “a distinção é necessária nos casos em que a conduta do responsável não seja relevante sem mais mas apenas na medida em que preenche uma previsão legal que concede relevância a um resultado lesivo”. Ou seja, e acompanhando a fundamentação da dicotomia oferecida pelo autor, ela “compreende-se se considerarmos a necessidade delimitadora da responsabilidade segundo certas hipóteses: dada a ausência de uma responsabilidade por danos patrimoniais (isto é, dada a responsabilidade civil estar delimitada por hipóteses de responsabilidade que consideram relevantes determinadas ofensas e portanto a imediata relação entre um comportamento e certos prejuízos não ser, só por si, relevante para a sua imputação juridicamente relevante), a admissão do dever de indemnizar tem de exigir não só a relação entre o comportamento e um determinado evento lesivo integrador da responsabilidade, como a relação entre aquele e os danos a reparar”, assentando positivamente na diferença que separa a previsão do artigo 563º - referente à causalidade preenchedora da responsabilidade – da pressuposição da causalidade fundamentadora da responsabilidade contida no artigo 483º (cf. pág. 928 s. e n. 2605). Cf., ainda, pág. 640, n. 1834.

⁴⁶ Negam a pertinência da dicotomia, ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung für fremde Willensbetätigung nach §823 I BGB“, *Juristenzeitung*, 1980, 10 s.; ERNST WOLF, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, Carl Heymann, Köln, Berlin, 1978, 205; FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, CEDAM, Padova, 1960, 21 s. Pronunciando-se em sentido crítico, vide, ainda, GRUNSKY, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch vor §249*, Rdnr. 39; PABLO SALVADOR CODERCH, “Recensión a Cees Van Dam, European Tort Law”, *Indret* 2/2007, www.indret.com, 3; GOTTWALD, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung: zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozeß*, Beck, München, 1979, 49 s. e 81 s. Vide, igualmente, BERND SCHILDER e WOLFGANG KLEWEIN, “Österreich”, in CHRISTIAN VON BAR (hrsg.), *Deliktrecht in Europe, Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994, 64. Consideram os autores que, sendo comum hodiernamente a separação entre a *haftungsbegründender* e a *haftungsausfüllender Kausalität*, é difícil encontrar um critério plausível de distinção, pelo que salientam que a mesma diz respeito a uma diversa forma como o problema é perspectivado. No fundo, segundo o seu entendimento, se perguntamos em que medida a lesão é imputável a alguém, estamos a localizar-nos no primeiro dano e é a primeira forma de causalidade a emergir; se, pelo contrário, focarmos o olhar na vítima e indagarmos qual a medida do seu dano que deve ser indemnizado, então, estamos a colocar o enfoque no dano subsequente; ANGELO LUMINOSO, “Possibilità, realtà o necessità della relazione causale”, *Studi económico-giuridici*, vol. LIII, 1989-1990, 219; CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law of Torts*, 454, n.231, dando nota que em alguns ordenamentos jurídicos, como o Holandês, se abandonou a distinção.

e a culpa – desvelada por via do resultado⁴⁷. Isto faz com que, do ponto de vista dogmático, seja imperioso saber se a lesão do direito pode ou não ser reconduzida ao comportamento do pretendo lesante. Em determinadas situações, será, aliás, esta a única via para se extrair uma conclusão acerca da própria ilicitude. É que, como bem se compreenderá, não é possível dizer que há ilicitude quando a morte, podendo estar relacionada com o comportamento do sujeito x, é o resultado das forças da natureza. Não obstante, a eleição destas forças como “autoras” da lesão não deriva, exclusivamente ou sequer, do apego a um pensamento naturalista, de tipo determinista ou não. Só os critérios forjados com base na intencionalidade predicativa da juridicidade são aptos a encontrar uma resposta que se pretende normativamente justa e materialmente adequada. Por outro lado, esta cisão releva-se ainda determinante à luz da finalidade reipersecutória da própria responsabilidade. Gert Brügge-meier afirma que a dicotomia espelha a diferença que se estabelece entre a lesão do interesse e o dano. Para que haja responsabilidade, é necessário que haja uma lesão de um bem jurídico ou de um interesse protegido que seja imputável a um sujeito diverso daquele que o titula. Problematisa-se, assim, o fundamento da responsabilidade, devendo-se posteriormente saber que danos são indemnizáveis ou não, na medida em que os danos devem ser causados através da lesão do interesse⁴⁸.

25

Se assim é, então, percebemos que a maior ou menor relevância da cisão (e a maior ou menor dificuldade de ela se operar) fica dependente da modalidade de ilicitude com base na qual se fundamenta a responsabilidade. Hermann Lange e Gottfried Schiemann chegam mesmo a afirmar que a distinção entre estas duas formas de causalidade não se aplica se a lei se fixar no nexo de causalidade entre um comportamento específico – como, por exemplo, a condução em excesso de velocidade, relevante nos termos do § 823 II BGB – ou um determinado processo operativo – responsabilidade objectiva – e o prejuízo. A conclusão dos autores não pode ser acolhida sem mais. Na verdade, no quadro da segunda modalidade de ilicitude, porque não nos confrontamos apenas com um desvalor de conduta, mas também de resultado, a distinção continua a fazer sentido. Ela fica, contudo, dependente da estrutura da própria norma violada. Já no tocante ao abuso do direito, a distinção parece esbater-se.

⁴⁷ Dando conta disto mesmo, com amplo desenvolvimento entre nós, cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo* I 640 s.; 924 s., n. 1834

⁴⁸ GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht*, 545 s.

Importa, ainda, sublinhar que alguns autores, considerando embora que a distinção pode fazer sentido, adiantam que ela não teria importância no quadro da causalidade fundamentadora da responsabilidade, porque a obrigação de indemnização é limitada por meio da culpa⁴⁹. Ora, a verdade é que a resposta que a culpa nos oferece a este nível não se mostra bastante para garantir a bondade do juízo imputacional. Na verdade, pode haver culpa e não existir imputação objetiva. É claro que a conclusão seria essa se nos ativessemos à doutrina da causalidade adequada. Contudo, como veremos esta deve ser substituída por uma perspectiva imputacional que nos leva mais longe.

De notar, também, que só a causalidade fundamentadora da responsabilidade deve ser entendida como pressuposto delitual, dizendo a causalidade preenchedora da responsabilidade ao problema da indemnização.

In fine, podemos sublinhar, no que de específico esta dicotomia tem para o tema que aqui ousámos tratar, que sem recorrermos a ela não conseguiríamos resolver cabalmente muitos dos problemas concretos que, nesta sede ressarcitória, se colocam.

⁴⁹ Cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 94 s. Veja-se, ainda, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, 270. Referindo-se, no quadro da segunda modalidade de ilicitude delitual – colimada na violação de disposições legais de protecção de interesses alheios –, à questão da causalidade, o insigne civilista entra em diálogo com as doutrinas da adequação e do fim da norma. Indagando se esta cumpriria a função tradicionalmente cometida à primeira, no âmbito específico já identificado, considera essencial, para uma lograda resposta, distinguir a *haftungsbegründende Kausalität* (causalidade “referida a uma primeira violação de bens jurídico ou a um primeiro dano”) da *haftungsausfüllende Kausalität* (“atinente aos danos subsequentes”). E conclui que, “com respeito à primeira, na medida em que aquela lesão pressuponha a culpa (mas só nessa medida), parece de facto desnecessário formular o juízo de adequação, o que se antolha uma repetição inútil. Bem menos transparentes nos parecem as coisas com respeito à segunda.