

DEVERES NO TRÁFEGO: O PAPEL NA DOGMÁTICA DELITUAL

DUTIES IN TRAFFIC: THE ESSENTIAL ROLE IN TORT LAW

Mafalda Miranda Barbosa

Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/
University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade
de Coimbra. Doutorada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra. Professora Associada com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade
de Coimbra. *Curriculum*: <https://www.cienciavivae.pt/C313-72CA-DFB7> Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0578-4249> E-mail: mcnmb@fd.uc.pt

Resumo: Depois de, num período inicial de sistematização da responsabilidade civil, a coincidir com o período moderno iluminista e jusracionalista, se ter colocado no centro do modelo delitual o direito violado, a evolução subsequente do instituto tem-nos vindo a mostrar a importância da conceptualização do dever por referência a este horizonte de problematidade. Os deveres no tráfego ocupam um papel essencial na dogmática ressarcitória, sendo pensados, até agora, na sua relação com a ilicitude. Nas páginas que se seguem procuraremos perceber em que medida desempenham também um papel fundamental ao nível da causalidade, agora, entendida em termos de imputação objetiva.

Palavras-chave: Deveres no tráfego. Ilicitude. Causas de exclusão da ilicitude. Culpa. Causalidade.

Abstract: If in an initial period of systematizing tort law, coinciding with the modern Enlightenment and jus-rationalist period, the violated right was placed at the center of the tort model, the subsequent evolution of the institution has shown us the importance of conceptualizing duty. Duties in traffic occupy an essential role in tort law. Until nowadays, these duties have been thought in their relationship with unlawfulness. In the following pages, we will seek to understand to what extent they also play a fundamental role at the level of causation, now understood in terms of objective imputation.

Keywords: Duties in traffic. Unlawfulness. Fault. Causation. Tort law defences.

Sumário: **1** Introdução – **2** Os deveres no tráfego: uma primeira aproximação – **3** Os deveres no tráfego e os pressupostos da responsabilidade civil – **4** Causalidade fundamentadora da responsabilidade,nexo de imputação objetiva e nexos de ilicitude – **5** Breves conclusões: outras consequências no sistema

1 Introdução

Depois de, num período inicial de sistematização da responsabilidade civil, a coincidir com o período moderno iluminista e jusracionalista, se ter colocado no

centro do modelo delitual o direito violado, a evolução subsequente do instituto tem-nos vindo a mostrar a importância da conceptualização do dever por referência a este horizonte de problematidade.

A responsabilidade civil vem, atualmente, sendo entendida como um sistema móvel em que os diversos pressupostos se articulam harmonicamente, de tal modo que a menor intensidade de um pode ser compensada pela maior intensidade de outro. Contudo, esta perspectiva de sistema móvel, na esteira do que foi proposto por Wilburg,¹ só será congruente e consequente se existir uma ideia matriz unificadora do sistema, que vamos a descobrir, numa linha de entendimento metodológico conhecida por jurisprudencialismo, no fundamento último da responsabilidade civil e do próprio direito. Tal *ratio* vai concretizar-se em diversas soluções dogmáticas, que não se impõem dedutivamente. Tendo de ser concordantes com ela, devem entender-se como uma das suas possíveis projeções, com a qual não estabelecem uma relação de necessidade lógico-apofântica. É neste quadro que os deveres no tráfico assumem um papel fundamental na dogmática delitual, cumprindo diversas funções.

Nas páginas que se seguem, procuraremos refletir sobre a categoria, explicitando-as ao nível do sistema de responsabilidade civil.

2 Os deveres no tráfico: uma primeira aproximação

Nascidos no direito romano, ainda que de forma não conscientemente conceptualizada,² os deveres no tráfico cumprem hoje uma função primordial que se veio a sedimentar ao longo dos tempos fruto da intensificação de fontes de perigo e da diversificação de comportamentos negligentes. Não obstante, o tratamento que a doutrina portuguesa tem dispensado à categoria é, com exceção do extenso e aprofundado trabalho de Rui Ataíde, fragmentário.³ A sua relevância parece esgotar-se, para a maioria dos autores, no âmbito das omissões e das ações indiretas. Vaz Serra, nos trabalhos preparatórios do Código Civil, dedica atenção

¹ WILBURG, “Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil”, *Direito e Justiça*, vol. XIV, tomo 3, 2000, 51-77; *Die Elemente des Schadensrechts*, Elwert, Marburg, 1941. Veja-se, ainda, Nils JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003; e Bernhard KOCH, “Wilburg’s flexible system in a nutshell”, *European Tort Law* (Helmut Koziol/Barbara C. Steininger, org.), Wien/New York, 2002, 545 s.

² Cf. Rui ATAÍDE, *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfico*, Almedina, Coimbra, 2015, 79 s. Veja-se, ainda, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co. Ltd., Joanesburgo, 1992, 981 s.

³ No mesmo sentido, Rui ATAÍDE, *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfico*, 260. De notar, contudo, que a perspectiva que o autor apresenta dos deveres no tráfico não corresponde com aquela que defendemos, razão pela qual nos propomos estudar a categoria mais aprofundadamente.

aos deveres no tráfico em resposta à questão de saber quais as fontes do dever de agir que permitiriam a equiparação do *facere* ao *omittere*,⁴ e essa parece ser a orientação dominante durante largo tempo no espectro da doutrina pátria.⁵

Só mais tarde, timidamente e por nítida influência germânica, se passaram a compreender os deveres no tráfico por referência à ilicitude.⁶ Em causa a discussão em torno da ilicitude do resultado e da ilicitude da conduta, a implicar a distinção entre as condutas imediatas e mediatas, e a necessidade de compreender o comportamento do pretense lesante por referência à violação do dever e não apenas à lesão do direito ou interesse protegido.

A doutrina da ilicitude do resultado (*Lehre von Erfolgsunrecht/ Erfolgsunrechtlehre*) contenta-se com a violação do direito ou bem jurídico para a afirmação, ou pelo menos indicição,⁷ da ilicitude; para a teoria da ilicitude da conduta (*Lehre von Verhaltensunrecht/ Verhaltensunrechtlehre*) só seria assim nos casos de atuação dolosa, pressupondo-se, nas restantes situações, a violação de um dever objetivo de cuidado. Precedendo temporalmente a segunda posição, o pensamento centrado no resultado, defendendo uma ação causal, torna-se problemático em determinadas situações, como aquelas em que emergem danos causados indiretamente, e conduz, ou pode conduzir, a situações bizarras. Quem o diz é Larenz, argumentando com o caso do fabricante de armas, cujo comportamento pode ser tido como causa adequada da morte de um sujeito, sem que verdadeiramente se possa chancelar de ilícita a sua atividade.⁸

⁴ A. Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexa causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 84, Março 1959, 108 s.

⁵ Nesse sentido, Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, Almedina, Coimbra, 2003; “Anotação ao Acórdão do STJ de 26 de Março de 1980”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 114, 1981, nº 3683, 40 s. e nº 3684, 78 s.; Menezes LEITÃO, *O ensino do direito das obrigações – relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina*, Almedina, 2001, 336 s.; Brandão PROENÇA, *Direito das Obrigações – Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino da disciplina*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2007, 180 s.; Pedro Nunes de CARVALHO, *Omissão e dever de agir em direito civil. Contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão*, Almedina, Coimbra, 1999.

⁶ Neste sentido, cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*, Almedina, Coimbra, 1989, 300 s.; Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, 163 s.; *Uma terceira via da responsabilidade civil?*, Almedina, Coimbra, 1997, 79 s.; *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Lisboa-Porto, 2003, 236 s.; *Direito Civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 74.

⁷ A *nuance* deve-se ao facto de se excluir a ilicitude sempre que, em concreto, intervesse uma causa de justificação.

⁸ Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Halbband 2, *Besonder Teil*, 13 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1994, 364 s.; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade*, 307.

Assiste-se, face à constatação, à defesa da posição segundo a qual a ilicitude se colimaria na conduta e não no resultado.⁹ A solução, reservada para os delitos negligentes, implicava que “a conduta deveria estar em contradição com uma norma do ordenamento no próprio momento da ação e não somente em atenção ao resultado lesivo posteriormente verificado”.¹⁰ De todo o modo, segundo um dado entendimento, a consideração da conduta ficaria circunscrita às hipóteses de lesões indiretas ou danos indiretos.¹¹ Distingui-los daqueles outros diretos passa a ser, portanto, uma tarefa prioritária do jurista, sem que, contudo, se tenha gerado unanimidade em torno dos critérios da dicotomia, ensaiados por autores como Von Caemmerer,¹² Larenz,¹³ Hans Stoll,¹⁴ entre outros. Por direta, dever-se-ia entender a violação que cai no âmbito do próprio decurso da ação. No que a esta respeita, deve considerar-se ilícito o ato que atente diretamente um bem jurídico dotado de uma proteção *erga omnes*.

Tomando como sustentáculo de argumentação o caso dos produtores de objetos potencialmente perigosos, Larenz adianta que, sendo a produção de tais bens uma condição no plano natural, não pode ser um nexos causal direto a determinar a ilicitude. Necessário é que se verifique a violação de uma obrigação de comportamento que o autor qualifica dogmaticamente como uma *Gefahrvermeidungspflicht* (obrigação de evitar o perigo).¹⁵ Outra seria a situação das lesões indiretas dos bens jurídicos e direitos contemplados no §823 I BGB. Se no caso da enfermeira que fornece uma dose mortal de um medicamento ao paciente, não se estando diante de um comportamento ilícito sem mais e concluindo-se que a

⁹ Cf. ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 15. Aufl., Mohr, Tübingen, 1960, 860 s.; MÜNZZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1966, 109 s. e 201 s.; KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht*, 11. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, 49 s.

¹⁰ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade*, 300, acrescentando que “não age ilicitamente quem actua no âmbito da adequação social”. Veja-se, sobre o ponto, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 365, criticando a ideia segundo a qual a ilicitude deve partir da violação de uma norma especial.

¹¹ Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 365; LARENZ, “Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht”, *Festschrift für Dölle*, Band I, Mohr, Paul Siebeck, Tübingen, 1963, 183 s. Note-se que, segundo o depoimento do autor citado (cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, p. 366), os defensores da doutrina da ilicitude da conduta insistem que a ilicitude, mesmo na intervenção direta sobre bens jurídicos, se encontra na violação do dever. E adianta, em tom crítico, que “o que eles não têm suficientemente em conta é que este surge a partir da ameaça de um resultado negativo que possa avultar”.

¹² Von CAEMMERER, “Wandlung des Deliktsrechts”, *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, 1960, Band II, (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Freiburg, 1962), 49, 77 s., e 131 s.; Von CAEMMERER, “Die absoluten Rechte in §823 Abs. 1 BGB”, *Karlsruher Forum (Beiheft)*, 1961, 24 s. (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Freiburg, 1962, 554 e ss.).

¹³ LARENZ, “Rechtswidrigkeit”, 183 s.; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 365 s.

¹⁴ Hans STOLL, “Unrechtstypen bei Verletzung Absoluter Rechte”, *Archiv für die civilistische Praxis*, nº162, 229 s.

¹⁵ LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 366 e SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade*, 306.

descrição do evento não é só um problema descritivo e ontológico, antes desempenhando aqui um papel fulcral a argumentação jurídica, é crucial entender que os protagonistas daquelas condutas diretas devem abster-se de produzir o resultado negativo, havendo também aqui a violação de uma obrigação de comportamento – *Erfolgsvermeidungspflicht* (obrigação de evitar o resultado). Para Larenz, a distinção entre a *mittelbaren Beeinträchtigungen* e a *unmittelbaren Eingriffen* não é supérflua, tendo consequências dogmáticas ao nível da divisão entre a *Gefahr-und Erfolgsvermeidungspflicht*.¹⁶

Na prática, tal implica que, no tocante às primeiras, apesar das prováveis consequências negativas, o sujeito deve comportar-se como faz, adotando certas medidas de cuidado; e no tocante às segundas, que ele deve agir de um modo diverso. Torna-se, assim, clara a diferença entre a *Erfolgsunrecht* e a *Verhaltensunrecht*.¹⁷ O problema situar-se-ia, contudo, ao nível do *Tatbestand*, ou seja, no quadro da delimitação dos comportamentos delitualmente relevantes.¹⁸ É que, em determinadas situações, a conduta só releva se for violada uma obrigação de evitar o perigo. Denota-se, portanto, uma *nuance* na ordenação sistemática dos pressupostos delituais a implicar o afastamento em relação a uma visão mais ortodoxa do problema. Segundo esta, a ilicitude por intervenções indiretas só ocorreria diante da violação de um dever, não se podendo aplicar o *Modell of Rechtswidrigkeitsindikation*.¹⁹

3 Os deveres no tráfego e os pressupostos da responsabilidade civil

Compreendida a importância dos deveres no tráfego para a descoberta da ilicitude, muitos foram os problemas enfrentados pela doutrina, sobretudo estrangeira, mas com ecos no nosso ordenamento jurídico. Desde logo, coloca-se a questão de saber se os deveres no tráfego, chamados a alicerçar a ilicitude, podem atuar isoladamente, em termos de prevenção, ou se, pelo contrário, se têm

¹⁶ Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 367, que aqui acompanhamos de muito perto.

¹⁷ Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 367.

¹⁸ Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 368. Convém, porém, notar que se trata de uma mutação do pensamento do autor, já que, como o próprio refere, na 12ª edição das suas lições considerou que o problema devia ser tratado ao nível da controvérsia entre a ilicitude do resultado e a ilicitude da conduta como um problema atinente ao ilícito.

¹⁹ Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 368, que aqui continuamos a acompanhar de muito perto. No caso das lesões diretas, o resultado indicaria a ilicitude com a violação da obrigação de evitar o resultado (*Erfolgsvermeidungspflicht*); para o dano indireto, a violação da obrigação de evitar o perigo indicia como resultado a ilicitude.

de referir necessariamente à violação do direito subjetivo absoluto ou do interesse legalmente protegido, proscrevendo-se a indemnização dos danos puramente patrimoniais.

Larenz reconduz as obrigações de segurança no tráfico ao §823 II BGB. Todavia, introduz um limite segundo o qual a esfera de bens jurídicos tutelados através destes deveres não escritos deve ficar dependente do artigo 823^o I BGB. Ou seja, o §823^o BGB apenas tutelaria os bens jurídicos que já fossem merecedores de tutela por via de outra norma jurídica.²⁰ Também Canaris afirma que as normas de proteção a que se refere o §823 II BGB têm como função aclarar o conteúdo do §823 I sem alargarem a seu âmbito de proteção.²¹ E nesse sentido, elas seriam apenas tipificações de deveres no tráfico, não podendo estes atuar para além da proteção conferida a determinados bens jurídicos.

Von Bar, por seu turno, no plano do direito a constituir, defende²² que se deve procurar alargar a proteção dispensada pelo §826^o BGB aos casos de negligência, ainda que qualificada, permitindo-se a tutela de interesses patrimoniais puros. Mas, no plano do direito já constituído, sustenta a equiparação dos deveres de segurança no tráfico às disposições de proteção: preencheriam a mesma função que essas normas e seriam encontrados pelo desenvolvimento jurisprudencial do direito. Para isso, acaba por propor, em homenagem ao espírito do sistema, a intervenção legislativa no sentido da equiparação.²³ Uma nova orientação tenta, assim, integrar as obrigações de segurança no tráfico já não no âmbito do §823 I – dando resposta ao problema das condutas omissivas ou dos ataques indiretos aos bens jurídicos aí tutelados –, mas no §823 II, direcionando tais deveres para a tutela de interesses patrimoniais puros.²⁴ Contudo, ela conheceria

²⁰ LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 406 s.

²¹ CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, München, Beck, 1983, 37 s.

²² C. von BAR, „Deliktsrecht, Empfiehlt es sich, die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre neu zu ordnen? Wäre es insbesondere zweckmässig, die Grundtatbestände der §823 Absätze 1 und 2, §826 BGB zu erweitern oder zu ergänzen?“, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts herausgegeben vom Bundesminister der Justiz*, Bd. II, Bundesanzeiger Verlagsges, Köln, 1981 1722 e 1761

²³ C. von BAR, *Verkehrspflichten Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, C. Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1980. Do autor, veja-se, ainda, “Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)plichten”, *Juristische Schulung*, 28. Jahrgang, Heft 3, 1988, 169 s. e “Entwicklung und rechtsstaatliche Bedeutung der Verkehrs(sicherungs)plichten”, *Juristenzeitung*, 34, Heft 10, 1979, 332 s.

²⁴ Sistematizando estas diversas posições, cf. Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, 164. Veja-se, ainda, MERTENS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, 2. Halbband, 2. Auflage, München, 1986, 1493 s. Conexionando os deveres de proteção com as duas modalidades de ilicitude constantes do §823 BGB, Mertens afirma que a conceção de delito implicada no parágrafo I impõe a violação de uma obrigação de segurança no tráfico. Chega mesmo a considerar que se poderia abranger no parágrafo I o caso especial do parágrafo II, entendendo-se os direitos e bens ali tutelados como grupo

ampla resistência. Canaris entende que há razões suficientes que advogam no sentido da imprestabilidade da orientação tendente a reconduzir os deveres de segurança no tráfego ao §823 II BGB, para além da proteção já dispensada pelo §823 I. O §823 BGB representa a norma central na disciplina da responsabilidade aquiliana, pelo que não tem qualquer sentido esvaziar o seu conteúdo, transmutando as outras previsões de responsabilidade no cerne do sistema delitual.²⁵ A questão decisiva é a de salvaguardar o espírito conformador do sistema delitual alemão, no qual o nosso surge, *grosso modo*, decalcado. E, nesse ensejo, o autor clarifica que apenas naquelas situações em que o sistema vigente de responsabilidade civil protege interesses patrimoniais primários é que é legítimo convocar os deveres de segurança no tráfego para os tutelar, sem que coloque totalmente de lado a hipótese de eles surgirem conexiões com a violação dolosa dos bons costumes.²⁶

Entre nós, Sinde Monteiro e Carneiro da Frada evidenciam as mesmas preocupações. Sinde Monteiro considera que é justo e equitativo pensar-se na autonomização de certos deveres no tráfego por referência a situações concretas, mas adverte que tal não pode conduzir-nos a substituir as previsões básicas de responsabilidade constantes da lei por um verdadeiro torto delitual sem base legal.²⁷ Num sentido idêntico, depõe Carneiro da Frada, salientando que “a aceitação de deveres no tráfico visando a proteção de posições não compreendidas no âmbito das normas delituais existentes [...] desproveria de alcance o carácter circunscrito de situações merecedoras de tutela delitual [...]”. E acrescenta que a lei vigente representaria um obstáculo ao desenvolvimento *praeter legem* do direito no sentido da admissão dos deveres de segurança no tráfego para além do círculo de direitos e bens delitalmente protegidos.²⁸ Para o autor, a “ampla construção e

de leis de proteção. Por outro lado, o autor aproxima os deveres de segurança no tráfego das disposições legais de proteção de interesses alheios. E afirma perentoriamente que não se pode alargar as obrigações de tráfego a situações não legalmente normalizadas. Do autor, veja-se, ainda, “Verkehrspflichten und Deliktsrecht – Gedanken zu einer Dogmatik der Verkehrspflichtungsverletzung”, *Versicherungsrecht*, 1980, 397 s.

²⁵ CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, 38 s.

²⁶ CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, 41.

²⁷ Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 486

²⁸ Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança*, 251, *Contrato*, 176; *Uma terceira via*, 79. Liga-se a isto a preocupação denotada por muitos relativamente à contenção dos limites ressarcitórios. Em apreço a questão da indemnizabilidade dos chamados danos puramente patrimoniais. Sobre o ponto, cf., *inter alia*, CANARIS, “Schutzgesetz”, 82 s., considerando que a criação de deveres no tráfego para proteção do património não se compatibiliza com a inexistência de uma cláusula delitual de tipo napoleónico. Quer isto dizer que os deveres do tráfego, independentemente da ligação a um dos *Tatbestände* referidos, hão de conectar-se sempre com um deles, porque de outro modo frustrar-se-ia a intencionalidade do modelo com que o jurista alemão lida. Já não se pergunta pela polarização da categoria, mas pelo objeto de tutela a que se dirige, sem que verdadeiramente as duas questões se oponham. É que, na verdade, ao recusar-se a criação jurisprudencial de normas de proteção, pela sua equiparação a deveres no tráfego, os autores mais não

admissão de deveres de prevenção de perigo equivale frequentemente e na prática à consagração de uma verdadeira responsabilidade pelo risco que apenas formalmente se ampara nos esquemas próprios da responsabilidade por culpa”.

Mais recentemente, Rui Ataíde vem sustentar que a fonte normativa dos deveres no tráfego se há de encontrar na primeira modalidade de ilicitude do artigo 483º/1 CC, sem esquecer, contudo, a relação que se estabelece entre o preceito e as previsões dos artigos 492º e 493º CC, a permitir a abertura de pistas metodológicas viabilizadoras de uma extensão analógica aos casos em que se invoque igual razão de decidir, donde conclui que, “ao invés de um entendimento relativamente difundido, os deveres no tráfego não são apenas imprescindíveis à concretização da primeira alternativa do artigo 483º/1 CC, satisfazendo também uma função insubstituível na operacionalização das próprias normas de proteção”, pelo que “os deveres no tráfego intervêm nas várias modalidades delituais em que se trate de evitar ou afastar perigos, existindo fundamentalmente, pela sua teleologia, para proteção de todos os direitos e bens jurídicos, inclusive, interesses patrimoniais primários acautelados pelas concretas disposições legais de proteção que os contemplem, em concordância com a orientação que se afasta quer das correntes doutrinárias tradicionais que os cingem à defesa de direitos subjetivos, quer das tendências que os inserem exclusivamente no âmbito das disposições de proteção, limitando a primeira modalidade de ilicitude às chamadas ofensas imediatas em que os deveres no tráfego não seriam necessários, porque o desvalor dessas condutas seria dado pelo próprio resultado lesivo”.²⁹ Para o autor, os deveres no tráfego, “enquanto posições jurídicas instrumentais que defendem os interesses de integridade tutelados por direitos subjetivos e normas de proteção,

fazem do que dizer que estes se devem dirigir à defesa dos bens jurídicos previstos no §823 I. Sabemos já que, se por um lado somos sensíveis à consideração do modelo ressarcitório positivamente firmado, por outro lado, é a mobilização dos princípios que nos garantirá a resposta adequada à dúvida que assim se patenteia. A limitação da responsabilidade pela jus-absolutização do direito justifica-se, aos nossos olhos, pela articulação dos princípios que configuram o sistema económico e social, assente na livre iniciativa económica, mas não impede que, em determinadas situações, quando outros princípios o reclamem, não se possa indemnizar um dano causado independentemente daquele ponto de apoio objetivo. Quer isto dizer que, excepcionalmente (e essa excepcionalidade salvaguarda o desenho do modelo), é possível indemnizar-se um dano puramente patrimonial, desde que se desvele um comportamento abusivo do direito. Ora, aí, e como a outro ensejo tivemos oportunidade de explicitar, importa autonomamente a figura dos deveres do tráfego, ainda assim não atomisticamente considerados, mas conexcionados com uma cláusula delitual específica. Em segundo lugar, mostra-se difícil a definição dos contornos funcionais da categoria. Se alguns autores olham para os deveres no tráfego como complemento das normas de proteção, outros colimam-nos exclusivamente no §823 I BGB. Uns e outros acabam por confluir no reconhecimento da sua importância vital em sede de determinação da ilicitude nas omissões e, bem assim, com reservas, no caso das lesões indiretas dos bens jurídicos tutelados naquele parágrafo – cf., sobre o ponto, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 401. Entre nós, e como veremos, Rui Ataíde considera que os deveres no tráfego são ainda fundamentais para a concretização das normas de proteção previstas na segunda modalidade do artigo 483º CC.

²⁹ RUI ATAÍDE, *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*, 268 e 277.

[...] contêm-se nos limites das fronteiras delituais legais, não devendo ser utilizados para ressarcir danos patrimoniais primários sem cobertura normativa”.³⁰

Por outro lado, e em relação estreita com este primeiro problema, haveria que determinar quais as fontes de surgimento dos deveres no tráfego de que falamos. Rui Ataíde sistematiza os fundamentos ou causas de imputação dos deveres no tráfego de forma tripartida, falando de *responsabilidade por um campo*, de *responsabilidade pelo controlo de perigos* e de *responsabilidade por assunção de uma tarefa*.³¹

Em sentido similar, Larenz e Canaris consideram que tais deveres podem surgir no quadro da responsabilidade por uma determinada esfera, pela assunção de uma tarefa ou em virtude de uma ação antecedente,³² e sublinham que a medida de cuidado devido só pode ser determinada tendo em conta fatores como o esforço para evitar o dano, os custos económicos, a perda de tempo e o emprego da força de trabalho, de tal modo que, quanto maior for o perigo e o dano e quanto menor for o esforço para o evitar, mais fortemente se manifesta o dever de afastar o perigo;³³ e Esser e Weyers falam de manutenção de um tráfego, controlo de coisas e exercício de uma atividade com repercussão para o público em geral, que exija conhecimentos específicos.³⁴

Por seu turno, Lothar Vollmer³⁵ fala de situações da vida nas quais alguém por ser proprietário ou detentor de uma coisa ou de uma área de organização ou por causa da sua profissão deve adotar determinadas medidas para afastar o perigo; Mertens fala de deveres de segurança no tráfego pela abertura de uma área de tráfego, a colocação de coisas em circulação, a criação de uma situação de perigo especial, a atuação profissional pela segurança do tráfego, de deveres no tráfego na fabricação e colocação em circulação de produtos, de deveres no tráfego no âmbito da empresa, de deveres no tráfego na área do governo da família ou da casa, de deveres no tráfego no âmbito do desporto e no âmbito médico;³⁶ Medicus

³⁰ Rui ATAÍDE, *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*, 1204.

³¹ Rui ATAÍDE, *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*, 279 s.

³² LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 407 s.

³³ LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 413.

³⁴ J. ESSER/Hans-Leo WEYERS, *Schuldrecht*, Band II, *Besonderer Teil*, 7. Völlig neubearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 1991, 179 s.

³⁵ Lothar VOLLMER, “Haftungsbefreiende Übertragung von Verkehrssicherungspflichten – Ein Problem der Haftungszurechnung und- Kanalisierung”, *Juristenzeitung*, 1977, 371 s. Note-se que, de acordo com o enfoque dispensado ao problema dos deveres no tráfego pelo autor, extrapolamos a sindicância da culpa a este ensejo, como se poderá constatar pela questão analisada no estudo. De facto, pergunta-se se o cumprimento do dever no tráfego pode ser executado por um terceiro a quem o onerado pelo dever comete a missão. Sobre o ponto, cf., igualmente, entre nós, Carneiro da FRADA, *Direito Civil*, 74; Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009, 591.

³⁶ MERTENS, “Verkehrspflichten und Deliktsrecht – Gedanken zu einer Dogmatik der Verkehrspflichtungsverletzung”, 402 s.

fala da abertura de um tráfego, existência de um tráfego já existente, domínio de coisas perigosas, deveres de vigilância sobre certas pessoas, exercício de uma profissão ou um ofício;³⁷ Thomas Raab³⁸ fala do domínio pessoal, de ação anterior perigosa e de aceitação de uma determinada tarefa; Kötz e Wagner³⁹ consideram as coisas perigosas, os comportamentos perigosos, os deveres de cuidado e assistência; Von Bar fala de deveres de segurança no tráfego deveres profissionais, deveres no tráfego na produção de bens, deveres no tráfego na venda de mercadorias, deveres no tráfego na recolha de lixo, deveres no tráfego no que respeita a aparelhos e materiais perigosos, deveres no tráfego no que concerne ao trânsito, deveres no tráfego no tocante a organizações destinadas a múltiplas pessoas, deveres no tráfego em regulamentos que não integrem disposições de proteção de interesses.⁴⁰

Interessante é notar, do ponto de vista da sistematização de Von Bar, a distinção entre os deveres no tráfego e os deveres de segurança no tráfego:⁴¹ a *Verkehrssicherungspflicht* é apenas uma parte do círculo de *Verkehrspflichten* existentes, ou seja, os deveres de segurança no tráfego incluir-se-iam no conceito mais vasto de deveres no tráfego. Os primeiros apontariam no sentido de salvaguarda do outro diante da criação de uma fonte de perigo, isto é, traduzir-se-iam em deveres destinados à proteção do público em geral. A categoria mais ampla dos deveres no tráfego incluiria também deveres mais genéricos, como por exemplo os deveres dos produtores para com os consumidores, os deveres dos polícias com os manifestantes, entre outros.⁴²

Independentemente das clivagens, há denominadores comuns que podemos sublinhar:⁴³ atividades perigosas, controlo de uma fonte de perigo, controlo de coisas perigosas, exercício de atividades destinadas ao público, circulação de produtos, abertura do tráfego, atividade antecedente, deveres de vigilância sobre certas pessoas.

³⁷ MEDICUS/LORENZ, *Schuldrecht*, Band II, *Besonderer Teil*, 15 neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck, 2011, 429 s.

³⁸ Thomas RAAB, "Die Bedeutung der Verkehrspflichten und ihre systematische Stellung im Deliktsrecht", *Juristische Schulung*, 2002, 1044 s.

³⁹ Hein KÖTZ/Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, 11. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, 76 s.

⁴⁰ C. von BAR, *Verkehrspflichten Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, 44 s.

⁴¹ C. von BAR, *Verkehrspflichten Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, 43 s. ID., "Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)plichten", *Juristische Schulung*, 28. Jahrgang, 1988, Heft 3, 169 s.

⁴² Cf., igualmente, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 399 s.; Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, 571/572, n. 1520; Sínde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 311, n. 490; Menezes CORDEIRO, *Direito das Obrigações II*, AAFDUL, Lisboa, 2001, 833 s.; ID., *Da Boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2001, 832, n. 673; Laurenz VOSS, *Die Verkehrspflichten. Eine dogmatische-historische Legitimierung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, explicitando a evolução da *Verkehrssicherungspflicht* até à *Verkehrspflicht*.

⁴³ Na nossa investigação futura pretendemos analisar a posição de outros autores, designadamente Schäfer, Zeuner, Spickhoff, Volker Emmerich.

Em termos positivos, Von Bar invoca o §836 BGB e o §367 do C. Penal Alemão, onde se consagra a punição de “quem em estradas, caminhos ou praças públicas, pátios, casas e, em geral, locais onde circulem pessoas deixar sem resguardo poços, covas, fossas, aberturas ou precipícios, de tal forma escondidas ou descuidadas que daí possa resultar um perigo para outra pessoa [...]”, para se sustentar a emergência de tais deveres.⁴⁴ Outros autores invocam o §831 para legitimar metodologicamente a *Lehre von den Verkehrspflichten*.⁴⁵

Entre nós, Antunes Varela justifica a emergência dos deveres no tráfego com base num princípio geral de direito civil, do qual os artigos 492º e 493º seriam simples afloramentos.⁴⁶ Por seu turno, Rui Ataíde considera que a função dogmática assegurada pelos deveres no tráfego passa pela concretização da cláusula geral de proibição de causação de danos negligentes, de tal modo que reconduz ao artigo 483º CC a sua sede.⁴⁷ Para o autor é no seio do sistema delitual constituído e das possibilidades por ele abertas que encontramos a raiz da autonomização de tais deveres que servem, dogmaticamente, para garantir o preenchimento da ilicitude, correspondendo ao cuidado externo, “entendido como o comportamento apropriado que lida devidamente com perigos para bens jurídicos dotados de proteção delitual”, ficando a imputação, ainda, dependente do cuidado interno, “enquanto processo intelectual psíquico dirigido ao reconhecimento das circunstâncias que justificam a imposição do dever de conduta”.⁴⁸

Com isto percebem-se as dificuldades de se cindir a culpa e a ilicitude. De facto, ao tornar-se imprescindível a presença dos deveres no tráfego na concretização da noção nas hipóteses de lesões indiretas e das omissões,⁴⁹ segundo o ensinamento da doutrina maioritária, não só ecoa no horizonte discursivo a questão da recondução da negligência para o âmbito daquela, como se agudiza a dificuldade

⁴⁴ Von BAR, *Verkehrspflichten*, 77 s. Cf., ainda, do autor, “Entwicklung und rechtsstaatliche Bedeutung der Verkehrssicherungspflichten”, 332 s.

⁴⁵ V. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 403 e Lothar VOLLMER, „Haftungsbefreiende Übertragung von Verkehrssicherungspflichten – Ein Problem der Haftungszurechnung und -Kanalisation“, *Juristenzeitung*, 1977, 371 s.

⁴⁶ Antunes VARELA, “Anotação ao Acórdão do STJ de 26 de Março de 1980”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 114, 1981, nº 3683, 40 s.

⁴⁷ Rui ATAÍDE, *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*, 268 e 1204.

⁴⁸ Rui ATAÍDE, *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*, 1204. No mesmo sentido, Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, 684 s. A autora distingue claramente o cuidado interior do cuidado exterior. Dando-lhe a palavra, pode-se dizer que o cuidado interior envolve o conhecimento e evitabilidade da violação da norma de comportamento, consistindo a culpa no facto de o agente não ter a consciência da violação do dever do tráfego, apesar de ter podido ter essa consciência, enquanto o cuidado exterior se traduz no comportamento do mundo exterior que, visto do ponto de vista de uma pessoa, preserva os direitos e os bens jurídicos de terceiros da sua colocação em perigo excessivo. Mas acrescenta que “os deveres do tráfego equivalem ao cuidado exterior, de maneira que só resta, para o exame no nível de culpa, o cuidado interior”.

⁴⁹ LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 401

na distinção entre os dois patamares de sindicância responsabilizatória. Não se estranha, por isso, que a problemática surja tantas vezes associada ao possível aproveitamento da lição do finalismo no quadro do direito civil, e que importe a tomada em consideração do binómio *ilicitude do resultado vs. ilicitude da conduta*.⁵⁰ As dificuldades agravam-se no seio do ordenamento jurídico alemão, no qual o §276 II BGB consagra como critério de culpa o cuidado necessário no tráfego. Conforme explica Rui Ataíde, “a infração desse *standard* de comportamento representaria a consumação simultânea da ilicitude e da culpa, com a consequência inimaginável de viabilizar uma responsabilidade subjetiva sem culpa”, dado que determinou que se passasse a distinguir o cuidado externo e o cuidado interno.⁵¹

Em certa medida, os deveres em apreço ligam-se a uma ideia de prevenção ou afastamento do perigo (*Gefahrvermeidungs- und -abwendungspflichten*) e servem, ao nível das condutas ativas, para concretizar o cuidado exigível nos termos do §276 BGB.⁵² Mas sublinham os autores que a violação das obrigações no tráfego (e dentro deles dos deveres de segurança no tráfego) não se confunde com a culpa.⁵³ Como índice da cisão encontramos o facto de a culpa, no quadro do §823 I BGB, se ter de referir à violação dos bens jurídicos e não simplesmente à contravenção do dever.⁵⁴

⁵⁰ Para uma relação entre a problemática e a questão da ilicitude, cf. Michael FRAENKEL, *Tatbestand und Zurechnung bei §823 BGB, 1977/78*, 56 s. Considera o autor que, ao advogar-se a doutrina da equivalência das condições, o *Tatbestand* do 823 I BGB se estende a todas as ações que causem o resultado. Há, portanto, que estabelecer divisões no seio das ações. Defende, então, Fraenkel que, no caso de ações indiretas, só relevam as que envolvem a violação de uma obrigação de garantia – cf. pág. 65. Contestando a ideia de que os deveres do tráfego consubstanciem obrigações de garantia, Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, nota 505. Cf., a este propósito, Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, 573, considerando que “os deveres do tráfego constituem um campo de aplicação da doutrina da ilicitude da ação”. V., igualmente, NIPPERDEY, “Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht”, *Juristische Wochenschrift*, 1957, 1780 (considerando que a negligência apreciada nos termos do §276/1/2 é idêntica à ilicitude); Laurenz VOSS, *Die Verkehrspflichten*, 63 s. Veja-se, ainda, pág. 67 s. Ensina o autor, num esforço de síntese das posições firmadas doutrinariamente, que há duas perspectivas diferentes para a relação entre a conduta e o resultado, as quais comportam consequências diversas: a) para o entendimento tradicional, incluem-se na ação todas as consequências causadas no curso da ação, ou seja, “o círculo de efeitos de uma ação é levado muito longe”; b) para a doutrina da ação final, há que apreciar a conduta do ponto de vista da finalidade, o que não convence quando nos confrontamos com a evidência de um comportamento negligente. Ora, “a meio caminho entre estas posições extremas encontramos a *Lehre von der Erheblichkeit der Eingriffsqualität*”, que tem em conta a gravidade/seriedade da qualidade do evento, ficando o conceito de ilicitude dependente da proximidade que a ação denote relativamente ao resultado. Estabelece-se, pois, a distinção já nossa conhecida entre as condutas diretas e indiretas.

⁵¹ Rui ATAÍDE, *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*, 1144. Cf., igualmente, Thomas RAAB, “Die Bedeutung der Verkehrspflichten und ihre systematische Stellung im Deliktsrecht”, 1045; J. ESSER/Hans-Leo WEYERS, *Schuldrecht*, II, 178 s.

⁵² Nesse sentido, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 402 e 407. Também Adelaide Menezes LEITÃO (*Normas de protecção*, 684) mostra a relação íntima entre os deveres do tráfego e o cuidado exigível.

⁵³ LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 369 e 426

⁵⁴ Sobre o ponto, v., entre nós, Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 318 e, além-fronteiras, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil*, 14 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1987, 618.

Não obstante a divergência, o certo é que a dicotomia que se deve estabelecer em homenagem ao modelo proposto por Ihering acaba por criar alguns constrangimentos. Se com a ilicitude pretendemos descobrir em que circunstâncias é que o lesado é protegido pelo ordenamento jurídico, soa estranho que o nível de cuidado exigível seja reconduzido ao ilícito, ainda que apenas o cuidado exterior – tido como o comportamento que preserva os bens jurídicos alheios – seja tido em conta nesta sede. É que, em rigor, mesmo reduzida a culpa ao cuidado interior, a consciência da violação do dever ou a inconsciência dela, quando exigível, pressupõe já o cuidado exterior, dele não se cindindo verdadeiramente. Além disso, acaba por se criar uma desarmonia no conceito de ilicitude no seio do ordenamento jurídico.⁵⁵

Acresce que a perspetiva arrasta consigo outros problemas. Ao implicar a referência necessária de uma componente do cuidado ao resultado desconforme com o ordenamento jurídico que marca a ilicitude, acaba por fazer o jurista enredar-se em aporias, naquelas situações em que um sentimento de justiça dominante parece fazer indicar a necessidade de indemnizar os danos decorrentes de uma concreta lesão.

Pense-se no «*caso do rim*», decidido pelo *Bundesgerichtshof* (BGH) em 30 de junho de 1987.⁵⁶ Em virtude de um erro médico, uma criança tem necessidade de receber um novo rim através de um transplante, tendo a sua mãe atuado como dadora do órgão. Mais tarde questiona-se se, a par da indemnização devida ao lesado direto, a progenitora pode ou não vir a ser ressarcida pelos danos suportados, entrando em cena, uma vez mais, a problemática do estabelecimento do nexo de causalidade. Entendeu-se, então, que esse nexo existe entre a remoção do rim do autor do processo, relativamente ao qual não se pode duvidar da responsabilidade, e a doação de um substituto pela mãe. Mas se considerou que tal ato voluntário e meritório era uma probabilidade a ter em conta no momento da operação cirúrgica da qual resultou, incorretamente, a remoção do único rim funcional do menor. Ou seja, e continuando a acompanhar a fundamentação aduzida, não se quebra o nexo de causalidade pela voluntariedade do comportamento materno, até porque a sua atitude foi induzida pela situação de perigo, pela qual o réu era responsável. O BGH considerou que estaríamos aqui diante de um problema de fundamentação da responsabilidade e respondeu afirmativamente ao quesito da imputação, concedendo à mãe uma indemnização, nos termos do §823 I BGB.

Veja-se, igualmente, sobre o ponto, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de proteção*, 683, perguntando se a violação negligente de um dever do tráfico é um pleonismo, devido à identidade de conceitos ao nível da culpa e da ilicitude.

⁵⁵ Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*, 306.

⁵⁶ O caso surge no *Juristenzeitung* de 1988, 150

A perspectiva não deixa, contudo, de gerar controvérsia. Larenz e Canaris, não contestando a solução, entendem, porém, que dificilmente poderemos falar de culpa em relação à mãe – na medida em que, desconhecendo que a criança só tinha um rim, não seria previsível o comportamento da progenitora para o médico. Nessa medida, e para não aderirem a um resultado oposto, acabam por defender que a lesão da mãe deve ser vista como uma consequência da lesão do filho, colocando o problema do ponto de vista do preenchimento da responsabilidade.⁵⁷

Não cremos que a posição seja defensável. Se se aceita sem hesitação a cisão entre a causalidade fundamentadora e preenchedora da responsabilidade, temos, porém, dúvidas no tocante aos termos da distinção que é proposta por alguns autores. Em alguns pensadores, o que vai pressuposto é a diferença entre o estabelecimento da causalidade relativamente a uma primeira lesão e a uma lesão subsequente, considerando que os critérios causais a aplicar não são os mesmos. Assim, se A provoca um acidente de trânsito e, com isso, a queda de B, que parte uma perna, estar-se-ia diante de um problema de fundamentação da responsabilidade, a convocar o critério da *conditio sine qua non*. Indo de ambulância para o hospital e sofrendo novamente um acidente, do qual resulta a fratura da clavícula, coloca-se o problema de saber em que medida A é também responsável por esta lesão, para o que seria necessário fazer intervir outros critérios como a adequação ou o escopo da norma violada, por forma a limitar a obrigação de indenização.⁵⁸ É por isso que, nos casos como aquele em que A destrói a vedação da propriedade de B, provocando a fuga de vacas, os autores ou alguns autores vêm afirmar que se torna irrelevante a distinção, na medida em que o critério da condicionalidade sem a qual terá de ser aplicada a ambas as situações.

Cremos, porém, que os termos da distinção entre a *haftungsbegründende* e a *haftungsausfüllende Kausalität* não podem ser estes. Com efeito, se a diferenciação é justificada em nome da necessidade de reconduzir o resultado que nos oferece a ilicitude ao comportamento do lesante, e, se esta é desvelada sempre que haja violação de um direito absoluto (ou de um interesse tutelado por uma disposição legal de proteção de interesses alheios), então, o núcleo central da cisão há de ser marcado por esse resultado danoso, entendido como um dano evento ou dano lesão. Isto quer dizer que, se na mesma situação emergir mais do que uma lesão de um direito absoluto, qualquer uma delas há de ter de ser imputada – de acordo com os mesmos critérios – ao comportamento do lesante, levantando-se sempre o problema da fundamentação da responsabilidade. O preenchimento da responsabilidade – ou a causalidade preenchedora da responsabilidade – diz respeito à recondução dos danos subsequentes, no sentido de danos

⁵⁷ LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 427.

⁵⁸ *Digest of European Tort Law*, I, 610 s.

consequenciais que não se traduzam na violação de um direito absoluto, a essa mesma lesão.⁵⁹ Nessa medida, não poderíamos deixar de considerar que, no caso em apreço, é a *haftungsbegründende Kausalität* a entrar em jogo.⁶⁰

Simplesmente, isto não nos faz recuar até à necessidade de considerar a culpa – o cuidado interno – por referência à lesão do direito à integridade física da mãe. A culpa há de referir-se à edificação de uma esfera de responsabilidade/risco que se erige a partir da violação de determinados deveres de cuidado por parte do médico. E, se esses nos oferecem – na medida em que possamos comparar o comportamento do clínico ao comportamento do médico médio – o juízo de censura ético-jurídica, permitem, também, alicerçar um juízo imputacional, na medida em que garantem a construção daquela esfera de responsabilidade (no sentido da *role responsibility*). É que, em rigor, o cuidado externo também não se reporta à lesão do direito diretamente, tendo a segunda lesão de se reconduzir àquela esfera através de critérios de imputação objetiva que ultrapassam a preterição do dever. Num primeiro patamar de inquirição “causal”, pode afirmar-se que se reconduzem à *esfera de risco do lesante* todas as lesões que pudessem ser evitadas com o cumprimento do dever, aquelas que o dever visava evitar, não de acordo com uma ideia de previsibilidade, mas de possibilidade.

Significa isto que os deveres no tráfego, do ponto de vista da construção dogmática do delito, cumprem uma função fundamental não só ao nível da culpa, mas ao nível da imputação, sendo por via desse nexos imprescindível que se densifica a ilicitude, primordialmente colimada no resultado. A posição que se defende acaba por colher alguns ecos na doutrina.

Laurenz Voss⁶¹ considera que os deveres no tráfego permitem tornar conhecido o ponto em que termina o âmbito da responsabilidade do lesante e em que começa a autorresponsabilidade do lesado. Também Brüggemeier⁶² chama à colação os deveres no tráfego para lidar com situações de violação indireta de bens jurídicos, entre os quais contempla a) os casos em que a conduta é negligente mas em que se verifica igualmente a impropriedade do comportamento do lesado ou de um terceiro; b) os casos em que se verificam danos por ricochete, como nas situações

⁵⁹ Cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexos de causalidade ao nexos de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípios, 2013; Id., “*Haftungsbegründende Kausalität* e *haftungsausfüllende Kausalität* Causalidade fundamentadora e causalidade preenchedora da responsabilidade”, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, nº 10, 2017, 14-36.

⁶⁰ Cf., no mesmo sentido, embora com uma solução final diversa da nossa, Rui ATAÍDE, *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*, 1200.

⁶¹ A propósito dos deveres do tráfego, na sua relação com os problemas imputacionais, cf. Laurenz VOSS, *Die Verkehrspflichten*, 54

⁶² BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, 76 s.

de choque nervoso e nos *cable cases*, relativamente aos quais se deve questionar se existe ou não um *Haftungszusammenhang* e se indaga em que medida o problema deve ser equacionado em sede de causalidade ou sem sede de *duty*, numa abordagem que só faz sentido por remissão para o quadro de pensamento da *Common Law*, com o qual o autor dialoga;⁶³ c) casos de danos à distância (*Entfernte Erstverletzungen*), como os que envolvem o problema da responsabilidade do produtor; e afirma que o conceito, um dos mais enigmáticos da responsabilidade por negligência, anda paredes-meias com a noção de nexo de imputação ou de nexo de responsabilidade.⁶⁴ Tomando como referência as considerações gerais acerca da negligência e os três grupos de casos abordados, sustenta que a negligência é cega para as consequências (*Fahrlässigkeit als Schuldform ist bling gegen die Folgen*): não se aplicando o conceito de desvio da vontade na apreciação da culpa ao nível do direito civil, ela envolve apenas um veredito acerca do comportamento humano que não se adequa ao dever de cuidado exigível, traduzindo-se na ausência de dever de cuidado atentas as circunstâncias. Isto não implica qualquer declaração sobre os deveres de comportamento positivos e questões mais complexas de imputação. Na verdade, tradicionalmente, o fundamento da responsabilidade era transmitido pela causalidade negligente, e as questões imputacionais (*Zurechnungsfragen*) apenas se levantavam para limitar a indemnização (ao nível da *Haftungsausfüllung*), sendo a causalidade oferecida por uma tríade de teorias – as nossas conhecidas doutrinas da *conditio sine qua non*, fórmula da equivalência e doutrina da adequação. Simplesmente, a complexificação da vida traz consigo um acréscimo de problematicidade ao nível da imputação e as doutrinas clássicas não lograram dar resposta satisfatória. Ao nível das lesões negligentes indiretas (*mittelbaren Fahrlässigkeitsdelikten*), torna-se fulcral que a fundamentação da responsabilidade seja acompanhada por uma decisão normativa sobre a imputação. Por isso, segundo o autor, a ideia de previsibilidade acaba por estar presente quer na indagação respeitante à imputação, quer na indagação atinente à negligência. O grande erro desta abordagem foi ter transformado a imputação normativa numa questão perspetivada empírico-descritivamente, sendo que *ex post* é sempre possível falar de previsibilidade, ao mesmo tempo que acaba por haver uma confluência entre categorias dogmáticas. Por isso se torna tão

⁶³ Sobre o ponto, cf., ainda, Christian Lapoyde DESCHAMPS, “La réparation du préjudice économique pur en droit français”, *Revue internationale de droit comparé*, année 50^e, n^o 2, 1998, 367 s., em especial p. 373, considerando que os danos por ricochete colocam um problema de causalidade e que a dificuldade diz respeito tanto à causalidade anterior ao dano como à causalidade posterior, uma vez que a causa do dano é determinada e o responsável é designado e devemos indagar quais as consequências que devem ser reparadas.

⁶⁴ Veja-se, ainda, BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht*, 91 s.

importante a chamada à colação da finalidade de proteção da norma e do nexos de ilicitude. Neste ensejo, na segunda metade do séc. XX, os deveres do tráfego assumem uma importância crescente.

Por seu turno, Till Ristow,⁶⁵ lidando com a causalidade psicológica, e procurando solucionar os casos de intervenção pelo concreto dever de controlo do perigo do primeiro agente (*Dazwischentreten bei gegenständlichen Gefahrenkontrollpflichten des Erstverursacher*) – isto é, casos em que o primeiro agente detém o controlo sobre uma concreta fonte de perigo e viola um dever de conduta/ dever do tráfego, intervindo um segundo agente que, com a sua conduta, causa o dano, que repousa naquela fonte de perigo –, afirma que o primeiro sujeito é responsável pela violação de uma *Verkehrssicherungspflicht*, apesar de apenas contribuir indiretamente para a lesão que, na realidade, emerge por ação do lesado. Note-se que, tal como o autor explicita, não se trata, aqui, de uma situação de causalidade psicológica no sentido próprio do termo, levando-o, inclusivamente, a adiantar que “a delimitação da causalidade psicológica relativamente aos casos normalmente discutidos sob a ótica da violação de um dever do tráfego é difícil”, sendo certo que estes emergem nas lesões indiretas.⁶⁶ Como fundamento da imputação, nestes casos, o autor indica a criação não controlada de uma situação perigosa e a violação de um dever do tráfego, já que “quem abre uma fonte de risco tem de tomar as medidas de precaução necessárias e razoáveis para que ele não se concretize numa lesão dos outros”, e sublinha que o dano tem de consistir na realização do perigo contra o qual o dever do tráfego protegia e o segundo agente tem de estar incluído naquele âmbito de proteção pessoal.⁶⁷

Note-se que, sendo comum o enfoque imputacional, ele acaba por não ser assumido em termos generalistas, mas mobilizado, unicamente, para fazer face a situações pontuais, nisto distando o pensamento dos autores aqui chamados daquele que vem sendo o nosso entendimento desde o doutoramento.⁶⁸ A ideia não

⁶⁵ TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003, 126 s.

⁶⁶ TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, 135 s.

⁶⁷ TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, 136. No mesmo sentido, cf., também, C. Von BAR, *Verkehrspflichten*, 54 s.; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 410 s.

⁶⁸ A mobilização do critério por Till Ristow acaba por ser, no entanto, mais abrangente do que aquilo que se poderia supor. Na verdade, a páginas 146, fala dos casos de *Dazwischentreten bei Unterlassung einer hinreichenden Sicherheitsvorkehrung durch den Erstverursacher* (intervenção pela omissão de cumprimento de uma disposição de segurança pelo primeiro agente), ou seja, das situações em que o primeiro agente não cumpre uma disposição de segurança relativamente a uma fonte de perigo que emerge da sua esfera e o segundo agente adota, na sequência disto, uma conduta que lesa um terceiro, sendo certo que aquela disposição de proteção visava, precisamente, evitar aquele dano. Em vez do tratamento do problema à luz da interrupção do nexos causal, RISTOW abraça uma perspectiva normativa que parte da constatação da violação do dever do tráfego. Cf. pág. 169 s. Mais uma vez, o fundamento da imputação encontra-se, exatamente, na preterição do dever do tráfego, que visava proteger o terceiro contra a atuação do segundo

é, pois, nova nos nossos estudos e pressupõe um quadro axiológico de fundamentação da responsabilidade civil – assente na personalidade livre e responsável – e um respaldo metodológico que não se contenta com uma realização do direito ainda imbuída de pré-conceitos positivistas.

4 Causalidade fundamentadora da responsabilidade, nexos de imputação objetiva e nexos de ilicitude

Partindo das diversas posições dogmáticas que sobre eles se têm vindo a firmar,⁶⁹ podemos extrair algumas conclusões importantes.

agente. Nas suas palavras, tal ocorre quando “o primeiro agente está obrigado a um dever de segurança em face de uma fonte de perigo concreta e o perigo de lesão existe através da atuação do segundo agente”. Continuando a acompanhar a exposição do autor, Ristow esclarece que se exige uma dupla segurança (*doppelte Sicherung*): a) *Sicherung der Gegenstandsgefahr* (em relação a uma fonte de perigo própria); b) *Sicherung der Personengefahr* (medida de segurança contra atuações não autorizadas), isto é, emerge um secundário dever do tráfego que está em conexão direta com o dever primitivo. Esta duplicidade avulta quando o primeiro agente cria uma concreta fonte de perigo por cuja segurança é responsável e existe o perigo também concreto de intervenção de um segundo agente que possa lesar um terceiro, ou quando existe o perigo abstrato de abuso da concreta fonte de perigo. Uma terceira situação (pág. 170) sugere que o primeiro agente é onerado com um dever de segurança por criar e assumir uma fonte de perigo de lesão de terceiros. É, por exemplo, o caso em que o sujeito organiza eventos em massa (e não ajuntamentos de massas). Próximas destas constelações estão aquelas em que o primeiro agente viola uma disposição de segurança com que estava onerado e o segundo agente aproveita a situação para lesar um bem jurídico, atuando na maioria das vezes de forma intencional – *Dazwischentreten bei Beeinträchtigung einer bestehenden Sicherungsvorkehrung durch den Erstverursacher* (pág. 172 s.); as situações em que há intervenção pela criação de uma fonte de perigo através do primeiro agente (*Dazwischentreten bei Schaffung einer Gefahrenlage durch den Erstverursacher* – pág. 205), ou seja, o primeiro agente cria uma fonte de perigo concreta que tem de controlar e o segundo agente gera, com a sua atuação, uma nova fonte; as situações em que o primeiro agente detém em relação ao segundo um estatuto de autoridade e fornece uma informação errada, por meio da qual o último provoca o dano, podendo-se concluir que o dano se produz na própria esfera do primeiro – *Dazwischentreten bei Autoritätsstellung des Erstverursachers* (pág. 211 s.); as situações em que o primeiro agente cria ou conserva uma fonte de perigo pela violação de um dever no tráfego, que representa para o bem jurídico, sem a intervenção do segundo agente, um perigo abstrato. Em suma, para Till Ristow, o problema da *psychischen Kausalität* deve ser tratado no quadro da fundamentação da responsabilidade do §823 I BGB em todos os casos de violação do dever do tráfego pelo agente. Assim, *vide* pág. 217. Sustenta o autor que, sendo o fundamento a violação de um dever do tráfego, ela deve ter conduzido causalmente à violação dos bens jurídicos postos diretamente em causa pelo segundo agente. Mas aduz que a prova da adequação se torna desnecessária, uma vez que, nesse contexto, um reexame da probabilidade é supérfluo, intervindo critérios limitativos de ordem normativa.

⁶⁹ Recapitulando, em primeiro lugar, os autores questionam-se acerca da inserção sistemática dos deveres no tráfego. E as posições doutrinárias não são unânimes quanto ao ponto. Se muitos defendem a sua localização no §823 I BGB, entendendo que eles foram forçados para permitir o alargamento do preceito que se afigurava demasiado restritivo ao impor a intervenção ativa do lesante nos direitos absolutos ali contidos (cf., neste sentido, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*. II/2, 405), outros advogam a sua ligação ao §823 II BGB (cf. C. Von BAR, *Verkehrspflichten*, 157 s.). Entre os principais argumentos alicerçadores da primeira posição expandida encontra-se a necessidade de salvaguardar o desenho do modelo delitual tal como ele foi pensado pelo legislador (Para uma análise desse modelo, com recurso aos trabalhos

Em primeiro lugar, a ilicitude não pode prescindir de um juízo de imputação que se alicerça na preterição de deveres no tráfico. Mas se esse nexos de ilicitude se afigura absolutamente determinante, nem por isso a conclusão nos obriga a abdicar da predicação da ilicitude no resultado. Em causa não está apenas a fidelidade a um modelo herdado de Lhering, mas a consciência de uma importante função que a responsabilidade civil cumpre, em articulação com a intencionalidade ético-axiológica que a predica. Em jogo entra, portanto, a tutela de bens jurídicos considerados fundamentais: aqueles que o legislador protege por via do reconhecimento ou atribuição de um direito subjetivo e por via da tutela que dispensa, em face de certos riscos, a determinados interesses integrados no âmbito de relevância de algumas normas.⁷⁰

Em segundo lugar, vivendo num sistema de legislação, importa manter a fidelidade ao modelo positivamente consagrado, donde também por essa via se chega à afirmação da importância do resultado na conformação da ilicitude.

Dir-se-á, portanto, em jeito de síntese, que se o resultado marca a ilicitude, esta não sobrevive sem um nexos de imputação que ligue esse *outcome* ao comportamento do agente. Nessa medida, a dita causalidade fundamentadora da responsabilidade pode ser entendida como um nexos de ilicitude.

Talqualmente deve ser compreendida a “causalidade”, percebe-se que o sentido responsabilizatório não possa deixar de estar presente na conformação do requisito dito causal. À mesma conclusão poderemos chegar em termos metodologicamente cunhados: se a interpretação que se faça de uma norma ou de um instituto jurídico implica sempre, sob pena de se incompreender a intencionalidade normativa da norma ou do instituto, a remissão da/o mesmo/a para um princípio normativo sustentador do sistema, então torna-se claro que os diversos pressupostos de procedência de uma pretensão indemnizatória serão sempre contaminados pelo sentido da juridicidade. Isto significa que a causalidade tem de

preparatórios, cf. Laurenz VOSS, *Die Verkehrspflichten*, 20 s.). Assim, tendo sido forçados para resolver o problema da responsabilidade no caso das omissões e no caso das ações indiretas, entendeu-se que retirá-los do âmbito de aplicação do §823 I BGB implicaria esvaziar o preceito daquelas formas de desvelação da ilicitude, o que inverteria, por seu turno, a hierarquia normativa, uma vez que de previsão central delitual ela converter-se-ia numa norma especial atinente às intervenções imediatas (Sobre o ponto, cf., ainda, MERTENS, “Deliktsrecht und Sonderprivatrecht. Zur Rechtsorbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 178, Heft 2/3, 1978, 227 s. e Von BAR, “Entwicklungen und Entwicklungstendenzen”, 171 s.).

⁷⁰ Cf. J. RÖDIG, *Erfüllung des Tatbestandes des §823 Abs. 1 BGB durch Schutzgesetzverstoss*, 1973, 78 s., a propósito do peso axiológico dos valores tutelados ao nível das disposições legais de proteção de interesses alheios, por contraposição aos direitos absolutos; e Thomas HONSELL, „Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des §823 Abs. 2 BGB”, *Juristische Arbeitsblätter*, 15 Jahrgung, Heft 3, 1983, 101 s., considerando que os §§823 I e II BGB têm o mesmo valor, sendo ambos integrados por um dever do tráfico, que num caso é concretizado jurisprudencialmente (§823 I) e no outro caso tipificado pelo legislador (§823 II).

deixar de ser pensada em termos fisicistas, naturalistas, como uma refração no mundo jurídico de uma relação causa-efeito, para passar a ser compreendida em termos de imputação.

No juízo imputacional que pretendemos edificar, haveremos de partir da ideia de pessoa livre e responsável, dado ser esta categoria ético-axiológica que alicerça a juridicidade e, como tal, a responsabilidade civil.⁷¹

Ao agir, porque é pessoa – isto é, porque é um sujeito que apenas se realiza no encontro com o outro, que lhe dirige uma pretensão de respeito e ao qual dirige também uma idêntica pretensão –, o sujeito é responsável pelo outro (no sentido da *role responsibility*), tendo de cumprir uma série de deveres que, em termos dogmáticos, se podem qualificar como deveres no tráfego.

Violando algum desses deveres, a responsabilidade pelo outro transforma-se numa responsabilidade perante o outro: a primitiva esfera de responsabilidade que titulava convola-se numa outra, mais ampla e mais extensa, compreendida como esfera de risco/responsabilidade.

A esta esfera de risco/responsabilidade podem ser reconduzidas todas as lesões que poderiam ser obstadas com o cumprimento do dever. Não se trata, aqui, de abrir as portas a um juízo de probabilidade ou de previsibilidade, mas de perceber, normativamente, qual o âmbito de proteção dos referidos deveres – que lesões visavam evitar. Se a lesão que ocorrer for uma dessas que deveriam ser evitadas pela conformidade do comportamento ao que era exigível, então, podemos afirmar preliminarmente a imputação (causalidade).

Tais deveres podem ser impostos por uma norma legal ou podem resultar da específica interação humana, que pressupondo o sentido da autonomia responsável, os faz emergir em concreto.

Podemos, então, 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.

⁷¹ Para outros desenvolvimentos, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*, cap. VIII. Damos aqui por reproduzidas as conclusões a que, nesse ensejo, chegámos no que toca à construção de um modelo imputacional alicerçado ético-axiológicamente no ser pessoa.

Tal não é, contudo, bastante. Não basta contemplar a esfera de risco assumida pelo agente de uma forma atomística, desenraizada da tessitura antropológico-social e mundanal em que ele está inserido. Dito de outro modo, e relacionando-se isso com o pertinentemente aceite em matéria de definição da conduta juridicamente relevante, salienta-se aqui que, porque o referencial de sentido de que partimos é a pessoa humana, matizada pelo dialético encontro entre o eu, componente da sua individualidade, e o tu, potenciador do desenvolvimento integral da sua personalidade, há que cotejá-la com a esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros que compõem teluricamente o horizonte de atuação daquele, e ainda com a esfera de risco geral da vida. Ao que, aliás, não será também estranho o facto de todo o problema vir enervado pela teleologia primária da responsabilidade delitual, ou seja, pelo escopo eminentemente reparador do instituto.

Contemplando, *prima facie*, a esfera de risco geral da vida, diremos que a imputação deveria ser recusada quando o facto do lesante, criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo. O cotejo com a esfera de risco natural permite antever que esta absorve o risco criado pelo agente, porquanto seja sempre presente e mais amplo do que aquele. A pergunta que nos orienta é: um evento danoso do tipo do ocorrido distribui-se de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço, ou, de uma forma mais simplista, trata-se ou não de um risco a que todos – indiferenciadamente – estão expostos? O confronto com a esfera de risco titulada pelo lesado impõe-se de igual modo. 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 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. O juízo comparatístico encetado e justificado não dista sobremaneira pelo facto de a titularidade da segunda esfera de risco, concorrente com aquela, vir encabeçada por um terceiro. A triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento dele não é simples meio ou instrumento de atuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de Forst, embora não a acolhamos plenamente. O segundo agente, que causa efetivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do ato, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atenta a conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a ulterior conduta lesiva se integra ainda na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação também não pode ser negada. Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma atuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspetos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há-de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro – independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais – torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consunção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito – deveres de evitar o resultado – pelo

primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante.

Esta compreensão da causalidade – sendo fundamentada em termos ético-axiológicos e metodológicos e justificando-se pela falência dos tradicionais critérios da *conditio sine qua non*, da causalidade adequada e do escopo da norma violada – comporta consequências não negligenciáveis. Em primeiro lugar, em sede probatória, aligeirando o encargo que tradicionalmente recaía sobre o lesado; em segundo lugar, torna dispensável o juízo de condicionalidade, já que os comportamentos irrelevantes são afastados no momento da edificação da esfera de risco, que se desenha em concreto.

5 Breves conclusões: outras consequências no sistema

Se antes os deveres no tráfego eram unicamente pensados por referência à ilicitude, colocando-se problemas no que respeita à sua diferenciação relativamente à culpa, cremos que hoje, a partir da articulação necessária dos diversos pressupostos de responsabilidade civil e de um entendimento personalista do instituto, se torna inequívoco que desempenham também um papel imprescindível ao nível do estabelecimento do nexos de causalidade. Nessa medida, a dita causalidade fundamentadora da responsabilidade pode ser entendida como um nexos de ilicitude. E, se assim é, a exclusão dessa ilicitude não pode continuar a ser entendida nos moldes monolíticos com que vinha sendo concebida até agora. Dito de uma forma mais direta, a complexidade com que deve ser compreendida a categoria da ilicitude não pode deixar de nos convidar a afastar um pensamento simplista e simplificador em matéria de causas de exclusão da ilicitude, substituindo-o por uma visão que distingue as causas de legitimação, as causas de justificação e as causas de não imputação.

Tradicionalmente, as causas de exclusão da ilicitude eram perspetivadas de modo uniforme, enquanto causas de justificação. Numa tradição que remonta ao direito romano, entendia-se que o delito assentava na *iniuria*, que, com a sua índole marcadamente objetiva, se traduzia na ausência de uma justificação para agir. Nessa medida, a antijuridicidade seria afastada diante de situações de legítima defesa, estado de necessidade e consentimento do ofendido, exatamente porque aí se encontrava uma justificação para atuar, de tal modo que se poderia

afirmar que a compreensão das causas de exclusão da ilicitude redundaria num dualismo: a ideia de justificação estava presente, operando depois de verificados todos os pressupostos da responsabilidade civil; e ela afastaria a ilicitude, de tal sorte que as causas de exclusão de ilicitude seriam vistas como uma anomalia do sistema, a pressupor ou a impor um entendimento restritivo (e levando a questionar se não deveríamos formular um princípio de tipicidade das próprias causas de justificação).

Simplesmente, o fundamento personalista da responsabilidade civil, cuja consideração é imposta em termos metodológicos, impede-nos de captar a atuação do sujeito apenas segundo a lógica autorização/não autorização; justificação/não justificação, com total sacrifício da posição do lesado. Por outro lado, a adequada relevância do caso concreto mostra-nos que em alguns comportamentos está ausente o desvalor inerente à consideração da ilicitude do comportamento, *ab initio*, e não apenas por força de uma ideia justificativa que opere *a posteriori*. Por último, a complexidade com que se estrutura atualmente a ilicitude faz com que a operacionalidade das causas de exclusão da ilicitude não possa ser compreendida de forma monolítica.

A descoberta da importância do dever, no quadro da dogmática da responsabilidade delitual, com apelo a uma pressuposição axiológica que o sustente, permitiu-nos, até agora, chegar não só à compreensão do nexos de causalidade de acordo com uma ideia de imputação, como à recompreensão das causas de exclusão de ilicitude, com consequências de não pequena monta.

Entre tais consequências destacam-se a inversão do ónus da prova, no tocante às causas de legitimação, regra tendencial, que, ainda assim, comporta exceções, *v.g.* nas hipóteses em que a validade do consentimento fique dependente do prévio cumprimento de um dever de esclarecimento por parte do lesante, e bem assim nos casos em que a situação concreta, ponderada pelo legislador, evidencie que o lesante estará em melhores condições para provar o cumprimento de determinados requisitos; o afastamento do princípio da tipicidade das causas de exclusão da ilicitude e, conseqüentemente, a possibilidade de, sem restrições à autônoma constituição normativa, se lançar mão de uma analogia mediata para solucionar os casos que, eivados de uma intencionalidade predicativa próxima de alguma das tradicionais causas de exclusão da ilicitude, poderiam não ser por ela cobertos; o alargamento do âmbito de relevância de algumas causas de exclusão da ilicitude (não entendidas como causas de justificação) de modo a abarcar a responsabilidade pelo risco; o alargamento do âmbito de relevância de algumas das

tradicionais causas de exclusão da ilicitude e a restrição desse mesmo âmbito noutras hipóteses, comportando soluções diversas do ponto de vista indemnizatório; a mobilização de adequados critérios de ponderação judicativa para lidar com casos novos, designadamente em matéria de inteligência artificial.⁷²

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARBOSA, Mafalda Miranda. Deveres no tráfego: o papel na dogmática delitual. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 33, n. 2, p. 143-167, abr./jun. 2024. DOI: 10.33242/rbdc.2024.02.007.

Recebido em: 16.05.2024

Aprovado em: 19.06.2024

⁷² Mafalda Miranda BARBOSA, *O Tríptico da exclusão da ilicitude: causas de legitimação, causas de justificação e causas de não imputação*, Gestlegal, Coimbra, 2023.