



Causalidade no universo dos seguros: o não cumprimento da declaração inicial de risco e o seu regime – sentido e o critério do requisito estabelecido pelo artigo 26º/4 do DL nº72/2008, de 16 de Abril (Regime Jurídico do Contrato de Seguro)

Mafalda Miranda Barbosa

1. Formulação do problema

O contrato de seguro é comumente qualificado como um contrato aleatório: as partes submetem-se a uma “álea, a uma possibilidade de ganhar ou perder”¹, consistindo a onerosidade na “circunstância de ambas estarem sujeitas ao risco de perder, embora, no final de contas, só uma venha a ganhar”². Percebe-se, por isso, perfeitamente que o risco surja como um elemento essencial do contrato, por meio do qual se estabelece o sinalagma

¹ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 403.

No mesmo sentido, cf. Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, Almedina, 1963, 57 s.; Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I, Parte Geral, I, Almedina, Coimbra, 2003, 477; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2010, 449; Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Almedina, Coimbra, 2013, 123 s.

A posição não é, porém, incontroversa. Sobre os argumentos contrários à qualificação, vide Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 126 s.

² C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 403.



entre as partes³, ao ponto de se projetar na disciplina legal dispensada ao contrato quer ao nível da formação deste⁴, quer ao nível da sua execução posterior. Tanto assim é que o legislador estabelece, não sem críticas a acompanhá-la, uma disciplina específica no tocante às situações em que se verifica uma perturbação no processo formativo da vontade, em virtude do desconhecimento dos exatos contornos do risco, e um regime específico para as hipóteses de alteração superveniente desse mesmo risco⁵.

³ Margarida Lima REGO, “O risco e as suas vicissitudes”, *Temas de direito dos seguros a propósito da nova lei do contrato de seguro*, Almedina, Coimbra, 2016.

⁴ A este propósito, cf. Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 47 s. e n.123, considerando que, “no plano estritamente jurídico – e porque o risco é (...) um elemento fundamental do contrato, dependendo as condições deste da aferição daquele pelo segurador –, o papel de proponente é formalmente assumido pelo candidato a tomador do seguro, que apresenta ao segurador uma declaração negocial (proposta contratual), em regra mediante o preenchimento e subscrição de um formulário previamente fornecido pelo segurador, onde aquele concretiza algumas das condições pretendidas e descreve o risco que pretende fazer segurar, concluindo-se o contrato com a aceitação do segurador”. Assim, conclui o autor que “a realidade socioeconómica que traduz a iniciativa do segurador” consubstancia um convite a contratar.

⁵ Pense-se, igualmente, na solução que o artigo 44º DL nº72/2008, 16 de Abril, dispensa para as hipóteses de inexistência de risco, a determinar a nulidade do contrato se, aquando da celebração do negócio, o tomador do seguro ou o segurado tiverem conhecimento de que o risco cessou. Sobre o ponto, cf. Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 87, considerando que esta consequência resultaria, também, do disposto no artigo 280º CC. Não cremos, porém, que o autor esteja correto nesta ligação que estabelece entre os dois preceitos. Embora possa ser evidente o paralelo, importa não esquecer dois dados: em primeiro lugar, o artigo 280º CC só ditaria solução análoga se considerássemos que o risco é o objeto do contrato; em segundo lugar,



Se muitas são as dúvidas que se suscitam a propósito dos particulares regimes mencionados, há um ponto que nos suscita particular interesse. Na verdade, o artigo 26º/4 DL nº72/2008, de 16 de Abril, com as alterações introduzidas pela Lei nº147/2015, de 9 de Setembro, (doravante DL nº72/2008), estabelece que, se antes da cessação ou da alteração do contrato, em virtude de uma informação inexata ou da falta de informação sobre o risco, ocorrer um sinistro cuja verificação ou consequências tenham sido influenciadas pelo facto relativamente ao qual tenha havido omissões ou inexatidões negligentes, o segurador cobre o sinistro apenas na proporção da diferença entre o prémio pago e o prémio que seria devido, caso, aquando da celebração do negócio, tivesse conhecido o facto omitido ou declarado inexatamente, ou, caso demonstre que em caso algum teria celebrado o contrato se tivesse conhecido o facto omitido ou declarado inexatamente, não cobre o sinistro, ficando unicamente vinculado à devolução do prémio.

Por seu turno, o artigo 94º DL nº72/2008 estabelece uma solução análoga. Na sequência do dever, previsto no artigo 91º, de informação relativamente às alterações do risco respeitantes ao objeto da declaração inicial de risco, consagrada no artigo 24º, o artigo 93º/1 estabelece que “o tomador do seguro ou o segurado tem o dever de, durante a execução do contrato, no prazo de 14 dias a contar do conhecimento do facto, comunicar ao segurador todas as circunstâncias que agravem o risco, desde que estas, caso fossem

mesmo se esse entendimento seja sufragável, é bom de notar que a inexistência do objeto gera a nulidade do negócio ainda que não seja conhecida de qualquer um dos parceiros negociais.

Sobre o debate acerca da compreensão do risco como objeto do contrato ou como um elemento do objeto do contrato, v. págs. 106 s.



conhecidas pelo segurador aquando da celebração do contrato, tivessem podido influir na decisão de contratar ou nas condições do contrato”. Recebida a comunicação, o segurador tem o prazo de 30 dias, a contar do conhecimento da circunstância agravante do risco, para apresentar ao tomador do seguro uma proposta de modificação do contrato ou resolver o contrato, caso demonstre que em caso algum celebraria um contrato que cobrisse riscos com as características resultantes desse agravamento do risco. Mas, se antes ocorrer um sinistro cuja verificação ou consequências tenham sido influenciadas pelo dito incremento do risco, o segurador cobre parcialmente o risco, reduzindo-se a sua prestação na proporção entre o prémio efetivamente cobrado e aquele que seria devido em função das reais circunstâncias, se o agravamento não tiver sido correta e tempestivamente comunicado antes do referido sinistro ou pode recusar a cobertura, em caso de comportamento doloso do tomador do seguro ou do segurado, com o propósito de obter uma vantagem, mantendo direito aos prémios vencidos. Na primeira hipótese, sendo o agravamento resultado de um facto do tomador do seguro ou do segurado, o segurador não está obrigado ao pagamento da prestação se demonstrar que jamais celebraria contratos que cobrissem os riscos com as características resultantes desse agravamento.

Quer isto dizer que, quer na hipótese do artigo 26º, quer na hipótese do artigo 94º, somos confrontados com a necessidade de lidar com uma ideia de causalidade. O preâmbulo do diploma é, aliás, explícito no tocante a este ponto. Pode ler-se aí que

“no que respeita à declaração inicial de risco, teve-se em vista evitar as dúvidas resultantes do disposto no artigo 429.º do Código Comercial, reduzindo a



incerteza das soluções jurídicas. Mantendo-se a regra que dá preponderância ao dever de declaração do tomador sobre o ônus de questionação do segurador, são introduzidas exigências ao segurador, nomeadamente impondo-se o dever de informação ao tomador do seguro sobre o regime relativo ao incumprimento da declaração de risco, e distingue-se entre comportamento negligente e doloso do tomador do seguro ou segurado, com consequências diversas quanto à validade do contrato. Neste âmbito, cabe ainda realçar a introdução do parâmetro da causalidade para aferir a invalidade do contrato de seguro e do já mencionado dever específico, por parte do segurador, de, aquando da celebração do contrato, elucidar devidamente a contraparte do regime de incumprimento da declaração de risco. Quanto à causalidade, importa a sua verificação para ser invocado pelo segurador o regime da inexistência na declaração inicial de risco e a consequente invalidade do contrato de seguro”.

O que se questiona, porém, é qual o exato sentido desta causalidade que se pressupõe⁶. Em primeiro lugar, quais os termos que relaciona?; em segundo lugar, estaremos diante uma verdadeira exigência causal, aferida em termos causa-efeito, ou o sentido contido na norma remete-nos, ainda, como temos vindo a defender no plano da responsabilidade civil, para uma dimensão imputacional?; em terceiro lugar, qual o critério que nos permitirá

⁶ Restringiremos o âmbito da nossa análise aos problemas colocados pela declaração inicial do risco.



aferir se o requisito normativo se verifica em concreto? Em tudo isto vai ínsita uma questão pressuponente, qual seja a de saber se nos devemos orientar pela intencionalidade predicativa da responsabilidade – ainda que transferida para um segurador pelo mecanismo do seguro – ou pela lógica contratual.

O apurado esclarecimento das dúvidas patenteadas exige que, antes de lhes darmos resposta (ou ousarmos dar), possamos mergulhar na disciplina jurídica que convocámos a propósito da influência que o risco exerce na formação e execução do contrato de seguro. A primeira parte do nosso trabalho será, portanto, inteiramente dedicada e esse propósito, embora sem qualquer pretensão de exaustividade. Num segundo momento, já esclarecidos acerca do porquê da exigência, teceremos algumas considerações sobre a causalidade em geral, para, *in fine*, tomarmos posição quanto às questões avançadas.

2. A declaração inicial de risco

2.1. Âmbito e fundamento

De acordo com o artigo 24º/1 DL nº72/2008, “o tomador do seguro ou o segurado está obrigado, antes da celebração do contrato, a declarar com exatidão todas as circunstâncias que conheça e razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador”. A declaração tem por finalidade munir o segurador do conhecimento necessário para, estabelecendo o cálculo exato do risco e do correspondente valor do prémio, poder conscientemente decidir se aceita ou não a



celebração do negócio⁷. Duas são, portanto, as ideias de força que resultam deste breve enunciado. Por um lado, o risco assume-se como um elemento essencial do contrato: sem o conhecimento exato dos seus contornos, a vontade do segurador não poderá ser considerada livre, porque não esclarecida. A sua ponderação torna-se vital não só para decidir acerca da contratação em si mesma, como também para conformar o sinalagma. Por outro lado, ninguém melhor do que o tomador do seguro ou o segurado tem consciência das circunstâncias que podem influenciar o grau de risco. Conforme sublinha Filipe Albuquerque Matos, é o contraente economicamente mais débil quem tem o monopólio informativo a este nível⁸.

⁷ Cf., a este propósito, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de Maio de 2014, www.dgsi.pt.

No plano doutrinal, veja-se, igualmente, Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Almedina, 2013; Filipe Albuquerque MATOS, “As declarações reticentes e inexatas no contrato de seguro”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 468 s.; Filipe Albuquerque MATOS, “Uma outra abordagem em torno das declarações inexatas e reticentes no âmbito do contrato de seguro. Os artigos 24º a 26º DL nº72/2008, 16 de Abril”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Figueiredo Dias*, IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 622 s.; Júlio GOMES, “O dever de informação do (candidato a) tomador de seguro na fase pré-contratual, à luz do DL nº72/2008, 16 de Abril”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, II, Almedina, 2011, 393 s.; Joana Galvão TELES, “Deveres de informação do tomador do seguro ou do segurado”, *Temas de Direito dos Seguros a propósito da nova lei do contrato de seguro*, Almedina, 2012, 251 s.; Vanessa LOURO, “Declaração inicial do risco no contrato de seguro: análise do regime jurídico e breve comentário à jurisprudência recente dos tribunais superiores”, *Revista eletrónica de direito*, nº2, 2016

⁸ Filipe Albuquerque MATOS, “As declarações reticentes e inexatas no contrato de seguro”, 468. Veja-se, igualmente, Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do*



A asserção não é aceite pela doutrina sem reticências ou mesmo sem críticas: Júlio Gomes, tendo em conta a standardização dos contratos, vem lembrar que o risco é, atualmente, calculado a nível coletivo⁹, ao mesmo tempo que sublinha que, atenta a debilidade

risco no contrato de seguro, 115 s., referindo-se à assimetria informativa que se denota a este propósito, por o risco extracontratual se situar na esfera do segurado, e considerando que “só o cumprimento do dever de declaração do risco, com lealdade e correção, pelo proponente, estabelece a efetiva paridade das partes relativamente ao conhecimento do risco”, e Begoña Arquillo COLET, “Declaración del riesgo y enfermedades anteriores a la contratación de un seguro”, *Indret*, 1/2005, 3 s. (www.indret.com/pdf/263-es.pdf)

⁹ No mesmo sentido, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, “Seguro de responsabilidade civil: o “dente” da responsabilidade civil ou a distribuição do risco”, *Responsabilidade civil: 50 em Portugal, 15 anos no Brasil*, vol. II, Instituto Jurídico, 2018, no prelo, considerando que o seguro “parte da avaliação do risco (*risk assessment*). Esta avaliação assenta na identificação do risco (perigo), do cálculo da sua frequência expectável (avaliação quantitativa) e da gravidade das suas consequências (avaliação qualitativa). A avaliação apoia-se principalmente em séries estatísticas, quanto mais longas mais eficientes (...)” e acrescentando que “Embora o contrato de seguro seja considerado isoladamente como um contrato aleatório, os seguros são sempre contratados em massa, e na sua contratação global, o conjunto dos prémios deve corresponder aproximadamente ao valor das quantias pagas em consequência dos sinistros. O segurador está permanentemente a receber um fluxo importante de dinheiro proveniente dos prémios e sempre a gastar um fluxo aproximadamente importante correspondente aos pagamentos dos sinistros. Se receber mais prémios do que pagar sinistros, ganha; na inversa, perde. Entretanto, mantém reservas avultadíssimas, que cobrem os riscos assumidos e que simultaneamente potenciam ganhos financeiros, que serão maiores ou menores consoante o mercado financeiro e a gestão que dos ativos financeiros for feita. Os seguradores ganham ou perdem em duas áreas do negócio: na relação entre prémios e sinistro e na gestão financeira das suas reservas. Com este mecanismo, o seguro, opera a mutualização do risco. Todos os tomadores dos seguros pagam um certo prémio



do contraente economicamente mais frágil, pode não ser perceptível ao tomador do seguro o que deve comunicar¹⁰. Não cremos, no entanto, que a preocupação proceda. De facto, ainda que a mutação ao nível da concreta forma de contratação não seja inócua, importa não esquecer que, à luz da boa-fé, um contraente honesto, leal e correto oferecerá à contraparte a informação que se situa na sua esfera pessoal e que pode ser relevante para a decisão de contratar e para a conformação dos termos da contratação¹¹. A declaração inicial de risco deve ser lida a essa luz, como uma exigência da boa-fé¹². É, aliás, a boa-fé que nos deve guiar na modelação do tipo de

e o risco segurado é suportado por todos, incluindo o próprio. O segurador funciona, assim, como gestor de um fundo de mutualização”.

¹⁰ Júlio GOMES, “O dever de informação do (candidato a) tomador de seguro na fase pré-contratual”, 393. Dando nota disso mesmo e considerando que as seguradoras têm ao seu dispor um conjunto de instrumentos que lhes facilitam a obtenção de informações tendentes à aferição do risco, cf. Vanessa LOURO, “Declaração inicial do risco no contrato de seguro”, 9 s.

¹¹ Cf., a este propósito, Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 115 s.

Refira-se, ainda, a consideração da *inaccessibilidade material* (há elementos que são do conhecimento reservado ou exclusivo do proponente; o objeto seguro encontra-se sob o seu domínio ou nos seus espaços reservados, etc.) a que se refere o autor na pág. 116; da *inaccessibilidade legal* (por se lidar, muitas vezes, com circunstâncias que fazem parte da esfera de intimidade da vida privada, beneficiando de tutela constitucional), de que faz menção nas páginas 117 e s.; e da *inaccessibilidade económica* (já que, mesmo que os dados sejam acessíveis em termos materiais e legais, podem sê-lo a um custo que o segurador não pode ou não está disposto a suportar).

¹² Cf. Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 143 s. e 670 s.; Vanessa LOURO, “Declaração inicial do risco no contrato de seguro”, 11 s.



Em sentido diverso, considerando que o fundamento material do dever de declaração do risco assenta na aleatoriedade que caracteriza o contrato, cf. Vittorio SALANDRA, “Le dichiarazioni dell’assicurato secondo il nuovo codice”, *Assicurazioni*, IX, I, 1942, 2 s. Outros, ainda, veriam na necessidade de garantir a proporcionalidade entre o prêmio e o risco (o que só é possível se não houver desfasamento entre o risco representado pelo segurador e o risco real) o fundamento do dever. Dando conta disso, Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 135 s.

Não cremos, porém, que estas sejam as melhores perspectivas: ainda que nestes pontos possamos encontrar a *ratio* da imposição do dever, este resulta, em concreto, da atuação do princípio da boa-fé, que pode dizer-se assim o seu fundamento normativo.

Também não nos parece corresponder à melhor solução o entendimento segundo o qual o fundamento da declaração inicial de risco se encontraria no princípio geral do erro como vício da vontade. Nesse sentido, cf. Giovanni CRISCUOLI, “Comportamento ingannevole e misura della responsabilità delle parti nella stipula del contratto d’assicurazione”, *Rivista Trimestrielle de Diritto e Procedura Civile*, 48, 3, 1994, 1190 s. Analisando o posicionamento (mais amplo do que o que resulta da leitura de Criscuoli), cf. Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 216 s. É que uma coisa é a aproximação do regime sancionatório decorrente do incumprimento do dever de declaração inicial aos vícios da vontade, ainda que cientes das suas especificidades, outra coisa é considerar que o vício da vontade em si mesmo pode ser o pilar sustentador do regime. Isso implicaria, aliás, que, estendendo-se o raciocínio, a imposição de deveres de esclarecimento sobre qualquer elemento essencial do contrato (ainda que não um contrato de seguro) fosse entendida como decorrência do regime do dolo (omissivo) e não da boa-fé. Ora, pelo contrário, o que nos permite considerar que podemos estar diante de uma situação de dolo relevante é a constatação da violação de deveres de esclarecimento que são impostos, normativamente, pela boa-fé. Repare-se, além disso, que o dever existe e avulta independentemente da sua violação e, portanto, independentemente do recurso a um regime paralelo (mas aproximado na sua intencionalidade) aos vícios da vontade. Do mesmo modo, se é evidente que a autonomia da vontade está aqui a ser tutelada, não se pode ignorar que a boa-



informação que deve ser prestada. As informações razoavelmente tidas por significativas são aquelas que um contraente médio, agindo de boa-fé, colocado na situação do real tomador do seguro, pode considerar como tal, o que significa que a boa-fé, enquanto padrão normativo de conduta, nos oferece um critério objetivo (embora mitigado) de determinação do conteúdo da declaração inicial do risco¹³. Em harmonia com este entendimento, o legislador veio considerar que o tomador do seguro não se desonera com a simples resposta ao questionário que seja apresentado pelo

fé, enquanto padrão objetivo de conduta ético-juridicamente imposto pelo ordenamento, serve exatamente para garantir que aquela autonomia não se reduz a uma proclamação formal.

¹³ Sobre o ponto, cf. Joana Galvão TELES, “Deveres de informação do tomador do seguro ou do segurado”, 258. Em sentido diverso, Júlio GOMES, “O dever de informação do (candidato a) tomador de seguro na fase pré-contratual”, 408 s. Referindo-se à controvérsia, Vanessa LOURO, “Declaração inicial do risco no contrato de seguro”, 12.

Questionam os autores, paralelamente, se o dever de informação apenas inclui as circunstâncias efetivamente conhecidas pelo tomador do seguro ou também as que ele deveria conhecer (cognoscíveis). Júlio Gomes responde no primeiro sentido (Júlio GOMES, “O dever de informação do (candidato a) tomador de seguro na fase pré-contratual”, 405 s.). Temos, no entanto, dúvidas, pese embora a formulação literal da norma: é que, sendo o padrão de determinação da declaração inicial de risco o do homem médio, na medida em que ela se funda no princípio da boa-fé, torna-se claro que não nos podemos contentar apenas com a comunicação das circunstâncias conhecidas para considerar cumprido o dever que é imposto. Aliás, a própria cisão, ao nível do regime, entre as condutas dolosas e as condutas negligentes parece justificar a nossa interpretação.

A este propósito, cf., novamente, Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 335 s., colocando interessantes questões sobre o conteúdo do dever de declaração inicial, designadamente se o próprio risco moral (*moral hazard*) deve ou não ser comunicado.



segurador¹⁴. Compreende-se que assim seja: a formulação de quesitos fica, muitas vezes, dependente de um prévio conhecimento de dados que possibilitem a indagação, pelo que, sem acesso à informação contida na esfera pessoal do tomador do seguro, o segurador poderia não ter sequer a possibilidade de lançar a questão, não sendo curial, em nome da boa-fé, que aquele se desvinculasse com a mera alegação de que o parceiro negocial nada havia perguntado quanto ao ponto. Isto não significa, porém, que o segurador não assuma aqui um papel nuclear: se ele é, em termos informativos referentes ao risco, a parte que padece da assimetria informativa, não é menos seguro que, em termos económicos, a parte economicamente mais frágil é o tomador do seguro. Daí que seja fundamental a consciencialização, imposta pelo legislador, para a necessidade de cumprir o dever de declaração do risco inicial. O nº4 do artigo 24º DL nº72/2008 determina que o segurador, antes da celebração do contrato, deve esclarecer o tomador do seguro (ou o segurado) acerca do dever de declaração inicial do risco, bem como das sanções para o seu incumprimento, podendo incorrer em responsabilidade civil se não o fizer. O questionário que seja elaborado pelo segurador cumpre, entre outras, uma função de auxiliar no cumprimento do dever por parte do tomador do seguro e explica-se pela lógica colaborativa que a boa-fé impõe aos contraentes num negócio. Por isso, e porque de boa-fé se trata, o segurador que tenha aceitado o contrato não pode invocar o eventual incumprimento por parte do tomador do seguro quando constatou que havia uma ou mais

¹⁴ Cf. artigo 24º/2 DL nº72/2008, nos termos do qual a obrigação de declaração inicial do risco é aplicável a circunstâncias cuja menção não seja solicitada em questionário eventualmente fornecido pelo segurador para o efeito.



omissões de resposta(s) a pergunta(s) do questionário; quando constatou que existia uma resposta imprecisa a uma questão formulada em termos demasiado genéricos; quando se exista incoerência ou contradição evidentes nas respostas ao questionário; e bem assim quando o segurador conhecia determinadas circunstâncias, por serem públicas ou notórias, ou quando o seu representante sabia ser inexata ou omissa a informação prestada pelo tomador do seguro. Se as duas últimas hipóteses se explicam, também (embora não exclusivamente), ao nível do processo formativo da vontade – a que *infra* aludiremos -, as três primeiras só se podem justificar à luz da boa-fé e da projeção negativa do princípio, traduzida na proibição do *venire contra factum proprium*¹⁵. Daí que, havendo dolo da parte do tomador do seguro, com a intenção de obter uma vantagem, deixe de ser possível a invocação do *venire*¹⁶.

Mas, a consideração de que o fundamento da declaração inicial de risco reside na boa-fé comporta outra consequência: determina que se esteja diante de um verdadeiro dever que é imposto ao tomador do seguro. Parece-nos, na verdade, ser de afastar uma pretensa qualificação da “obrigação de declaração inicial do risco”

¹⁵ Sobre o ponto, cf. Filipe Albuquerque MATOS, “Uma outra abordagem em torno das declarações inexatas e reticentes no âmbito do contrato de seguro”, 622 s. Veja-se, ainda, o Relatório de Regulação e Supervisão da Conduta de Mercado, 2008, da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, onde se pode ler que a empresa de seguros não pode prevalecer-se da imprecisão nas declarações iniciais de risco em caso de questão formulada em termos demasiado genéricos ou se o espaço para a resposta não permite que ela seja formulada com exatidão.

¹⁶ Em sentido crítico da solução, cf. Vanessa LOURO, “Declaração inicial do risco no contrato de seguro”, 19.



como um ónus para o tomador do seguro. Para sustentar tal qualificação (de rejeitar), os autores (ou alguns autores) argumentam que a sua inobservância não gera responsabilidade civil, pelo que estar-se-ia diante de um mero pressuposto de eficácia e validade do contrato¹⁷. Ora, não só parte da doutrina já veio esclarecer que este é um falso argumento (quer porque o direito do segurador ao prémio poderia ser entendido como uma forma de indemnização¹⁸, quer porque o segurador não chega – em face da disciplina contida no DL nº72/2008 – a sofrer um dano¹⁹), como cremos que ele procura alicerçar uma posição não compatível com o sustentáculo que encontrámos para a vinculação do tomador do seguro à declaração inicial do risco. De facto, a declaração inicial não existe apenas para interesse do tomador do seguro²⁰. Pelo contrário, ela é imposta pela lisura que se exige a um contraente honesto para salvaguarda dos interesses do outro contraente. Mais especificamente, ela é imposta para que o contrato, enquanto expressão da autonomia privada, corresponda efetivamente ao que é querido pelas partes, ou seja, para que o processo formativo da vontade não surja inquinado, e, como tal, para que a vinculação negocial não seja contrária à liberdade contratual que se exerce. O que se pretende é que o contrato e os termos do contrato correspondam a uma vontade esclarecida e bem formada. Daí que o principal remédio sancionatório para o incumprimento do dever

¹⁷ Cf., dando conta disso mesmo, Vanessa LOURO, “Declaração inicial do risco no contrato de seguro”, 11.

¹⁸ Cf. Joana Galvão TELES, “Deveres de informação do tomador do seguro ou do segurado”, 251 s.

¹⁹ Júlio GOMES, “O dever de informação do (candidato a) tomador de seguro na fase pré-contratual”.

²⁰ Vanessa LOURO, “Declaração inicial do risco no contrato de seguro”, 15.



por parte do tomador do seguro se jogue ao nível da validade do acordo das partes ou da manutenção dos termos da vinculação. A eventual responsabilidade que pudesse surgir – a traduzir-se numa hipótese de responsabilidade pré-contratual – ficaria (ou fica) dependente da verificação de um concreto dano, que, em face do regime legal, parece ser apagado *a priori*.

As dificuldades aumentam, contudo, quando pensamos que também o segurado (que não tem de coincidir necessariamente com o tomador do seguro) está vinculado nos mesmos termos. Nas hipóteses, de facto, em que segurado e tomador do seguro não coincidem na mesma pessoa, porque o primeiro não é parte no negócio, torna-se problemático falar de um dever, na medida em que isso implicaria a imposição de uma obrigação a um sujeito que não se vinculou autonomamente, por um lado, e que pode nem ter conhecimento da celebração do negócio que o beneficia, por outro lado²¹. A sugestão de parte da doutrina passa, portanto, ou pela recondução da figura ao ónus ou pela bipartição da natureza da mesma consoante o sujeito vinculado. Não cremos, porém, que este resultado interpretativo tenha de ser aceite.

De facto, o contrato deixou de ser visto como um vínculo linear entre credor e devedor. Pelo contrário há muito que a doutrina tem afirmado que a relação contratual não se pode compreender como um único vínculo, mas antes como um processo ou organismo, isto é, como uma relação obrigacional complexa²², “uma entidade

²¹ Júlio GOMES, “O dever de informação do (candidato a) tomador de seguro na fase pré-contratual”, 403; Vanessa LOURO, “Declaração inicial do risco no contrato de seguro”, 10.

²² Sobre a noção de relação obrigacional complexa, cf., *inter alia*, Rui de ALARCÃO, *Direito das obrigações* (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro,



dogmática diversa de uma simples soma ou conglomerado de créditos e débitos, consistindo numa unitária relação da vida que sucessivamente se pode desentranhar em vários vínculos e faculdades”²³. Antunes Varela defende que a obrigação não deve ser vista como uma relação una e simples, mas como uma relação complexa, “como um verdadeiro processo que se desenrola no tempo”²⁴. Também Mota Pinto se refere a esta realidade complexa, olhando-a como um “quadro unitário de direitos de crédito, deveres de prestação, direitos potestativos, deveres laterais, ónus”, que surge como um conceito autónomo relativamente à obrigação singular²⁵. Nela se incluíam, portanto, ao lado dos deveres principais ou típicos, os chamados deveres secundários, dentro dos quais se integram os deveres acessórios da prestação principal (todos os deveres cujo cumprimento se exige em nome da perfeita execução da prestação principal), os deveres relativos às prestações substitutivas ou complementares da prestação principal (dever de indemnização, decorrente dos prejuízos sofridos pelo não cumprimento, a mora ou o cumprimento defeituoso do dever de prestação principal). A par destes, existem ainda, no complexo em que se traduz a relação obrigacional, certos direitos potestativos,

Almeno de Sá e J.C. Proença, com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3º ano jurídico), policopiado, Coimbra, 1983, 61 s.; C. A. Mota PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Atlântida Editora, Coimbra, 1970, 224; Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2003,156; Menezes CORDEIRO, “Violação positiva do contrato – anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 1980”, *Estudos de Direito Civil*, volume I, Almedina, Coimbra, 1991, 123 s.

²³ Mota PINTO, *Cessão*, 224.

²⁴ Antunes VARELA, *Das obrigações*,156

²⁵ Mota PINTO, *Cessão*, 330.



ónus e expectativas jurídicas. Do mesmo modo, integram-na certos deveres de conduta, a que Stoll deu o nome de deveres de proteção ou de tutela, porque eles se destinavam a proteger o credor dos perigos que lhe podiam advir da incorreta realização da prestação²⁶, Larenz designou por outros deveres de conduta, Esser por deveres laterais²⁷. Entre nós, Carneiro da Frada lança mão da designação de deveres de consideração²⁸.

²⁶ Antunes Varela considera incorreta a expressão do autor alemão, por abranger apenas uma das finalidades que os deveres de conduta podem cumprir – *Das obrigações*, 123, n. 1.

Cf. STOLL, “Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 136, 1932, 257 s.

²⁷ Cf. Rocha ALVES, *Deveres de proteção*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2000 (policopiado).

Para uma diferenciação dos diversos deveres, cf. Mota PINTO, *Cessão*, 336 s.

²⁸ M. Carneiro da FRADA, “Os deveres ditos acessórios e o arrendamento”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, 2013, 267 s. Para o autor, a expressão é mais feliz, por deixar margem para outros deveres eticamente mais exigentes (fidelidade, lealdade) e por suplantar os deveres de correção ou de respeito, ao apontar para uma vertente mais solidarística e menos individual. Importa, contudo, sublinhar que o autor integra estes deveres de consideração na categoria mais ampla por si identificada como deveres acessórios.

Mostra-se, por aqui, que a clivagem terminológica é a nota dominante. Para outra sistematização, cf. Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 65 s., falando em deveres principais ou de prestação, “que constituem o elemento fundamental da obrigação em ordem à realização do seu fim”, a par dos quais encontraríamos deveres secundários ou acidentais de prestação, que podem por sua vez ser meramente acessórios da prestação principal, ou ser um sucedâneo do dever primário de prestação, como é o caso por nós já referido do direito à indemnização, o que não obsta a que ele coexista com este (pense-se no mesmo caso de dever de indemnização por incumprimento contratual, quando o incumprimento se traduza em mora do devedor). Além destes, Rui de Alarcão fala-nos igualmente dos deveres laterais, expressão que considera, em termos



Tais deveres têm como finalidade a salvaguarda do restante património e da pessoa do credor²⁹, surgem como decorrência da boa-fé e são variáveis consoante as circunstâncias, não podendo elencar-se *a priori*. Se estes aspetos são consensuais na doutrina, o mesmo não se pode dizer de outros tópicos com eles relacionados. Se Carneiro da Frada afirma que “a sua natureza não exclui a possibilidade de uma interpelação admonitória, nem uma ação de condenação ao seu cumprimento”, desde que sejam definíveis perante uma situação de facto minimamente estável³⁰,

explícitos, mais pertinente para designar a realidade em causa do que outras expressões correlativas, como sejam “deveres de conduta, deveres acessórios de conduta”, “deveres de proteção” ou “deveres de tutela”, que são aqueles que “tendo como fonte uma cláusula contratual, uma norma legal ou o princípio da boa-fé, auxiliam, não o cumprimento dos deveres principais, mas a cabal satisfação dos interesses globais visados pela relação obrigacional complexiva” (pág. 67).

²⁹ Nas palavras de Carneiro da Frada, “visam a preservação recíproca das posições pessoais e patrimoniais das partes que podem ser afetadas pela execução do contrato” – cf. Carneiro da FRADA, “Os deveres ditos acessórios e o arrendamento”, 268.

³⁰ Carneiro da FRADA, “Os deveres ditos acessórios e o arrendamento”, 277. Já poderá ser mais problemática, consoante o ensinamento do autor, a possibilidade de recurso à exceção de não cumprimento do contrato, dada a falta de sinalagmaticidade dos deveres de conduta. Ou seja, o não cumprimento deles por parte de um dos contraentes não pode ser razão para o não cumprimento de deveres semelhantes por parte do outro.

A este propósito, cf. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Dezembro de 2009, onde se pode ler, numa formulação a nossos olhos demasiado ampla, que “a violação dos deveres laterais ou dos deveres acessórios de conduta – integrantes da chamada relação obrigacional complexa ou relação contratual e essenciais ao correto processamento da obrigação principal (...) também acarreta, pela sua gravidade, as mesmas consequências que o incumprimento das obrigações principais”.



tradicionalmente, vinha-se entendendo que, sendo certo que o seu não cumprimento pode dar origem à resolução do contrato³¹, o seu cumprimento não seria judicialmente exigível, exatamente em nome da indeterminação de base que os caracteriza. Ponto assente é, também, a possibilidade de, com base na sua violação, se gerar uma pretensão indemnizatória, embora não haja consenso quanto à natureza da mesma.

Com base na consideração de tais deveres, a doutrina, com forte inspiração germânica, tem vindo a mobilizar a figura dos *contratos com eficácia de proteção para terceiros*. Os deveres em questão podem não visar, unicamente, a proteção da pessoa e do património do credor, mas de um terceiro que se possa incluir no âmbito de proteção do contrato. É nesta senda que a doutrina, por direta inspiração alemã, vem falando dos chamados contratos com eficácia de proteção para terceiros³².

No âmbito de proteção do contrato incluir-se-iam alguns terceiros, que não poderiam exigir a prestação do devedor, mas se poderiam tornar credores de uma pretensão indemnizatória contra ele³³. Se a solução tem óbvias vantagens, por poder ser menos oneroso para o lesado o recurso às regras contratuais, ela torna-se

³¹ Antunes VARELA, *Das obrigações*, 127, admitindo a possibilidade de resolução ou outra sanção análoga.

³² Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 2017, 617 s.; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*, Almedina, Coimbra, 1989, 518 a 535 ; e Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, 419 a 426; LARENZ, “Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik”, *Juristenzeitung*, 1962, 105 s.; Carneiro da FRADA, “Os deveres ditos acessórios e o arrendamento”, 287.

³³ Cf. Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, 422.



importantíssima a partir do momento em que a ela se recorre para tentar obter o ressarcimento em situações nas quais apenas se consegue discernir um dano puramente patrimonial. A jurisprudência alemã oferece-nos, nessa matéria, um acervo importantíssimo de soluções. Pense-se, por exemplo, no caso amplamente conhecido em terras germânicas que se pode contar em poucas palavras: A, pretendendo vender a sua, pediu a B, especialista na matéria, que fizesse uma avaliação do imóvel. Este, por negligência, não analisou o sótão que estava profundamente degradado, diminuindo com isso o valor da coisa. A vende o imóvel a C, pelo preço indicado por B. C, quando descobre o erro, sente-se lesado e pretende demandar B pelo prejuízo causado. Considerou-se, então, que o contrato celebrado entre A e B era um contrato com eficácia de proteção para terceiros, no âmbito do qual se incluiria aquele terceiro (C), pelo que este poderia demandar B de acordo com as regras da responsabilidade contratual³⁴. Outro exemplo comumente apresentado pela doutrina passa pela consideração do contrato de arrendamento³⁵. Compreende-se que assim seja. Se A

³⁴ Dando o exemplo dos auditores, cf. Síndez MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 518.

Cf., porém, Acórdão do STJ de 14 de Outubro de 2004, onde se considera que se estaria diante de uma responsabilidade intermédia entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. Para outros desenvolvimentos sobre a questão, v. Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, Princípia, 2017, onde se encontram importantes referências bibliográficas sobre o tema.

³⁵ Mota Pinto oferece como exemplo de um contrato com eficácia de proteção para terceiros o contrato de arrendamento: haveria possibilidade de se ressarcir por via contratual o dano do terceiro que fosse abrangido pelo círculo de proteção do contrato (ex. lesão da pessoa ou dos bens de um familiar que habitasse no locado).



toma de arrendamento um imóvel para habitação, o interesse contratual não se restringe à proteção da sua pessoa, mas à de todas as que se integrem no seu agregado familiar. Um senhorio correto, honesto e leal não pode restringir a eficácia dos deveres de proteção ao devedor, devendo estendê-los a todos os com ele vivam. Nas palavras de Carneiro da Frada, “pelo arrendamento, cria-se um agregado social que reclama respostas jurídicas adequadas”³⁶. O autor vai, porém, mais longe. Se o dado permite ao autor justificar que, em relação ao contrato de arrendamento, se apele a uma ideia de eficácia protetiva perante terceiros, adianta igualmente que o inverso também é verdadeiro, ou seja, os membros da família do locatário estão adstritos a deveres análogos perante o senhorio, falando-se, assim, de um *contrato com deveres de proteção a cargo de terceiros* e a violação desses deveres confere ao senhorio um direito de resolução do arrendamento por inexigibilidade da perduração da relação de arrendamento (artigo 1083º/2 a CC).

Ora, a figura do *contrato com deveres de proteção a cargo de terceiros* pode ser, sem dificuldade, transposta para o âmbito do contrato de seguro. Dir-se-ia mesmo que ela se impõe com meridiana clareza. Com efeito, dependendo da modelação concreta do contrato, caso tomador do seguro e segurado não sejam a mesma pessoa, é perceptível que o terceiro vai beneficiar da prestação do segurador. Em determinados circunstancialismos práticos, o contrato de seguro pode mesmo configurar-se como um

Sobre o ponto, cf., igualmente, Mafalda Miranda BARBOSA, “Arrendamento, responsabilidade civil e terceiros”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 12, 2017, 133-184 e Carneiro da FRADA, “Os deveres ditos acessórios e o arrendamento”.

³⁶ Carneiro da FRADA, “Os deveres ditos acessórios e o arrendamento”, 288.



contrato a favor de terceiro (pense-se, por exemplo, no seguro de vida). Nessa medida, fica criado um agregado negocial que reclama uma solução que não passe pela reafirmação formal da relatividade dos efeitos dos contratos, entendidos na sua vinculação linear.

2.2. A sanção para o incumprimento

O legislador, a par da previsão do dever de declaração inicial do risco, estabeleceu regras especiais para sancionar o seu incumprimento, nos artigos 25º e 26º DL nº72/2008, cada um correspondendo a uma forma de violação do dever, dolosa ou negligente.

Tratando-se de um incumprimento doloso do dever de declaração inicial, o contrato é anulável mediante declaração enviada ao tomador do seguro, no prazo de três meses a contar do conhecimento daquele incumprimento. Caso ocorra um sinistro dentro deste período de tempo ou antes de o segurador ter tido conhecimento do incumprimento, ele não fica obrigado a cobrir o risco, determinando o artigo 25º/3 que se segue o regime geral da anulabilidade. O segurador tem direito ao prémio devido até ao final do prazo de três meses anteriormente referido, só perdendo tal direito se existir dolo ou negligência grosseira do segurador ou do seu representante. Se o dolo do tomador do seguro tiver como propósito obter uma vantagem, o prémio é devido até ao final do contrato.

Já nas hipóteses de negligência, determina o artigo 26º que o segurador pode, no prazo de três meses a contar do conhecimento do incumprimento do dever de declaração inicial, propor uma alteração do contrato, fixando um prazo, não inferior a 14 dias, para



o envio da aceitação ou, caso a admita, de uma contraproposta; ou fazer cessar o contrato, demonstrando que jamais cobriria o risco relacionado com o facto omitido ou declarado inexatamente. O contrato cessa os seus efeitos trinta dias depois do envio da declaração de cessação ou vinte dias depois da receção pelo tomador do seguro da proposta de alteração, caso não responda ou a rejeite. Nestes casos, o prémio é devolvido *pro rata temporis* atendendo à cobertura havida. Ocorrendo algum sinistro antes da cessação ou da alteração do contrato, e se a sua verificação ou consequências foram influenciadas pelo facto relativamente ao qual foram emitidas informações inexatas ou relativamente ao qual houve omissões, o segurador cobre o sinistro na proporção da diferença entre o prémio pago e o prémio que seria devido, caso, aquando da celebração do contrato, tivesse conhecido o facto omitido ou declarado incorretamente; ou não cobre o sinistro, caso prove que jamais teria celebrado o contrato se tivesse conhecimento do facto omitido ou declarado inexatamente, ficando vinculado à devolução do prémio.

Várias são as dúvidas que a partir deste enunciado genérico se patenteiam. Desde logo, exigindo-se sempre como requisito a culpa do tomador do seguro ou do segurado, e variando o regime consoante se trate de uma hipótese de negligência, de dolo ou de dolo tendente à obtenção de uma vantagem (dolo qualificado), os autores afirmam sem hesitação que as situações de ausência de culpa por parte do proponente são a este nível irrelevantes³⁷. Se é

³⁷ Cf. Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 466 s.; Vanessa LOURO, “Declaração inicial do risco no contrato de seguro: análise do regime jurídico e breve comentário à jurisprudência recente dos tribunais superiores”, 17 s.



verdade que do ponto de vista da possível assimilação do âmbito de relevância das hipóteses pelo âmbito de relevância das normas contidas nos artigos 25º e 26º DL nº72/2008 a conclusão é a da irrelevância, haverá, no entanto, que indagar se se pode ou não mobilizar o regime do erro contido nos artigos 251º e 252º CC para, por essa via, se poder invalidar o negócio. A ser possível o recurso à disciplina geral, exigir-se-ia que o elemento sobre o qual incide o erro (ou seja, a circunstância inexatamente comunicada ou omitida) fosse essencial e que o erro fosse próprio, por um lado, e, por outro, que o tomador do seguro tivesse pelo menos cognoscibilidade acerca de tal essencialidade, que houvesse um acordo acerca da essencialidade do motivo ou que ele integrasse a base do negócio. O certo, portanto, é que o contraente médio haveria de reconhecer o elemento como essencial (ainda que o contraente concreto não o tivesse reconhecido), o que nos leva a concluir, de um ponto de vista iluminado pelas exigências da boa-fé, que o tomador do seguro médio haveria de o ter comunicado ao segurador. O mesmo é dizer que, embora o regime do erro não pressuponha a culpa por parte do declaratório – até porque a inexata compreensão da realidade pode resultar de um comportamento exclusivo do declarante –, a partir do momento em que o regime se entrecruza com exigências informativas dirigidas ao tomador do seguro, haverá entre eles um ponto de contacto, a determinar que na ausência total de negligência, porque a culpa há-de ser aferida em abstrato, não é possível a desvinculação negocial.

Significa isto, outrotanto, que parece haver uma íntima relação entre o regime contido nos artigos 25º e 26º DL nº72/2008 e o problema dos vícios da vontade. A conexão é, do ponto de vista teórico, inegável, porquanto o que esteja em causa seja a



necessidade de garantir que o segurador esteja consciente dos contornos exatos do risco para tomar a decisão de contratar e calcular o prêmio que assegure a sinalgmaticidade. A imposição do dever de declaração inicial pela boa-fé não tem outro objetivo senão esse. Do ponto de vista prático-normativo, haveremos, porém, de questionar se a disciplina em análise ultrapassa ou não a dos vícios da vontade, não só em termos de requisitos, como em termos de consequências jurídicas.

Vejamos.

No tocante aos comportamentos dolosos, cumpre, desde logo, perceber que, ao contrário do que é sustentado por parte da doutrina, o dolo a que se refere o artigo 25º DL nº72/2008 comunga da dupla natureza de dolo enquanto vício da formação da *voluntas* e dolo enquanto forma de culpa. Na verdade, o que está em causa é um comportamento do tomador do seguro ou do segurado que, vinculados em nome da boa-fé a um dever de esclarecimento ou informação, o omitem intencionalmente, induzindo o segurador em erro em relação a um elemento essencial para a formação da sua vontade de contratar ou dos termos da contratação, pelo que não se poderá deixar de reconhecer que o dolo-vício da vontade está aqui presente na sua plenitude. Não colhe, portanto, a argumentação de Luís Poças³⁸ no tocante a este ponto, quando refere que o dolo previsto no artigo 25º DL nº72/2008 se afasta do dolo-artimanha, por não se exigir a essencialidade do elemento e o erro do segurador, que, aliás, faltará quando o segurador concorrer com dolo ou negligência grave, do mesmo modo que falhará a existência de uma artimanha quando haja uma mera omissão. Na

³⁸ Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 468 s.



verdade, não só o artigo 24º/3 DL nº72/2008 torna claro que a relevância do regime fica dependente da verificação do erro do segurador, como o dolo omissivo (dolo negativo) previsto no Código Civil se traduz num nada fazer, quando o dever de esclarecimento exista³⁹. Mas, por outro lado, ao contrário do que parece ser possível sustentar em geral – domínio onde parte da doutrina tem entendido que o dolo enquanto vício da vontade pode ser integrado por comportamentos negligentes⁴⁰ –, a cisão entre o artigo 25º e o artigo 26º DL nº72/2008 determina necessariamente que o dolo de que aqui se fala implique a intenção de induzir em erro o segurador, envolvendo, portanto, o dolo enquanto forma de culpa.

Se estas considerações nos permitem uma clara aproximação ao regime dos vícios da vontade, no que respeita ao dolo, em termos de consequências jurídicas suscitam-se dúvidas. Desde logo, há um afastamento em relação ao regime geral da anulabilidade: contrariamente ao que dispõe o artigo 287º CC, o prazo de arguição da anulabilidade é de três meses a contar do conhecimento do incumprimento e a anulação opera por declaração enviada ao tomador do seguro. Mas, caso ocorra algum sinistro durante esse prazo ou antes do conhecimento do incumprimento, não ficando o segurador obrigado a cobrir o risco, deve recorrer-se ao regime geral da anulabilidade. A interpretação da solução legal não é fácil,

³⁹ Mobilizando idênticos argumentos, cf. Vanessa LOURO, “Declaração inicial do risco no contrato de seguro: análise do regime jurídico e breve comentário à jurisprudência recente dos tribunais superiores”, 24

⁴⁰ Cf., quanto ao ponto, Mafalda Miranda BARBOSA, “O problema da indução negligente em erro – breve apontamento”, *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade* (coord. A. Pinto Monteiro), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, 2015, e toda a panóplia de autores aí citados.



discutindo a doutrina se o que está em causa é a remissão para os prazos e forma de arguição prevista no artigo 287º CC ou para o artigo 289º CC e, portanto, para os efeitos da anulação⁴¹. Por outro lado, o segurador tem direito ao prémio devido até ao final do prazo de três meses anteriormente referido, só perdendo tal direito se existir dolo ou negligência grosseira do segurador ou do seu representante, e, nas hipóteses de dolo qualificado do tomador do seguro, o prémio é devido até ao final do contrato. Em rigor, raras serão as situações em que a indução em erro não é predeterminada pela intenção de obter uma vantagem. Como explica a doutrina, o dolo irá quase sempre acompanhado daquela intencionalidade, pese embora em termos teóricos ela não seja requerida para a caracterização do vício⁴². Mas, independentemente disso, o que se constata é que a eficácia retroativa da anulabilidade se parece perder a este ensejo⁴³. A constatação não é unânime entre os autores. Luís Poças sustenta, em face da disciplina legal, que não estamos diante de uma exceção ao regime previsto no artigo 289º CC. Para tanto chama à colação a noção de contratos de execução continuada e a necessária compensação de créditos que, no seu âmbito, se opera, gerando-se a sensação de falta de eficácia

⁴¹ Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, n. 1781.

⁴² Cf. Vanessa LOURO, “Declaração inicial do risco no contrato de seguro: análise do regime jurídico e breve comentário à jurisprudência recente dos tribunais superiores”, 19; Júlio GOMES, “O dever de informação do (candidato a) tomador de seguro na fase pré-contratual”, 427.

⁴³ Júlio GOMES, “O dever de informação do tomador de seguro na fase pré-contratual”, *II Congresso Nacional de Direito dos Seguros – Memórias*, Almedina, Coimbra, 2001, 106.



retroativa⁴⁴. Fá-lo, considerando que, apesar de a prestação do segurador estar sujeita a uma condição suspensiva, ele efetua uma atribuição patrimonial de segurança⁴⁵, a partir da qual operaria a mencionada compensação. Não cremos, porém, que esta corresponda à melhor posição sobre a matéria. Não só não é possível falar de compensação de créditos quando não haja prestações envolvidas, como a solução não explicaria que o prémio seja devido até ao final do contrato, se o tomador do seguro tiver tido como propósito obter uma vantagem, o que, em rigor,

⁴⁴ Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “*Cessante causa, cessat effectus: a relação de liquidação subsequente à invalidação do negócio e a problemática dos direitos de personalidade*”, *Boletim da Faculdade de Direito*, tomo II, 2017, no prelo.

⁴⁵ Não se trataria de uma verdadeira prestação, mas de uma atribuição, traduzida na utilidade que a tranquilidade associada ao seguro garantiria ao segurado – cf. Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 97 s. Veja-se, igualmente, Gianguido SCALFI, “*Considerazioni sui contratti aleatori*”, *Rivista di diritto civile*, VI, 1960, I, 179 s.

Luís Poças considera, ainda, outras utilidades: chama à colação os exemplos dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil, bem como os seguros associados a créditos bancários para, a partir daí, mostrar que o segurado colhe, independentemente da prestação do segurador, benefícios evidentes durante a vigência do negócio.



corresponderá à maioria das hipóteses⁴⁶. Torna-se aí inequívoco o sentido de penalidade que perpassa na disciplina legal⁴⁷.

No que concerne aos comportamentos negligentes, o legislador prevê que o contrato se mantenha com as alterações propostas pelo segurador, nos termos do artigo 26º DL nº72/2008, ou em alternativa que ele seja declarado inválido, caso a proposta não seja aceite ou caso o segurador demonstre que jamais teria coberto um risco relacionado com o facto omitido ou declarado inexistente. Nesta situação o prémio é devolvido, o que não é compaginável com a ponderação justificativa apresentada por Luís Poças. Sem que, note-se, se denote, no pensamento do autor, pelo menos aparentemente, qualquer incongruência: é que, no que respeita à cessação do vínculo contratual, o autor não a reconduz à anulabilidade, considerando que estamos diante de uma forma de extinção unilateral motivada⁴⁸. Parece-nos, contudo, que sem razão. Neste ponto, partilhamos com Filipe Albuquerque Matos a posição segundo a qual o regime da invalidade é extensível às omissões e

⁴⁶ Duas notas a este propósito. Em primeiro lugar, importa reconhecer que Luís Poças não ignora esta particularidade, encontrando para ela um fundamento que não o afasta da solução previamente pensada. Em segundo lugar, frise-se que poucas serão as situações em que o tomador do seguro não tem como objetivo a obtenção de uma vantagem, visto que a celebração do negócio, em si mesma, é já uma vantagem. Vanessa Louro dá o exemplo de um tomador do seguro que intencionalmente omite uma informação por vergonha ou para não devassar a sua privacidade.

⁴⁷ Cf. Joana Galvão TELES, “Deveres de informação do tomador do seguro ou do segurado”, 270; Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 497.

⁴⁸ Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 510 s., em especial 517.



inexatidões negligentes⁴⁹. Se o que está em causa é o desconhecimento *ab initio* de um fator relevante para a formação da vontade de contratar, então parece não haver margem para outra solução que não a da invalidade por aproximação ao regime dos vícios da vontade. A diferença entre as hipóteses de manutenção do contrato modificado e de cessação dos efeitos do contrato justificar-se-ia, portanto, pela diferença que separa o erro incidental do erro essencial. Daí que, ocorrendo algum sinistro antes da cessação ou da alteração do contrato, e se a sua verificação ou consequências foram influenciadas pelo facto relativamente ao qual foram emitidas informações inexatas ou relativamente ao qual houve omissões, o segurador cubra o sinistro na proporção da diferença entre o prémio pago e o prémio que seria devido, caso, aquando da celebração do contrato, tivesse conhecido o facto omitido ou declarado incorretamente; ou não cubra o sinistro, caso prove que jamais teria celebrado o contrato se tivesse conhecimento do facto omitido ou declarado inexatamente, ficando vinculado à devolução do prémio.

3. O pressuposto causal

A solução consagrada no artigo 26º/4 DL nº72/2008 requer a verificação de um pressuposto causal. Se, quando ocorre algum sinistro antes da cessação ou da alteração do contrato, e se a sua

⁴⁹ Filipe Albuquerque MATOS, “Uma outra abordagem”, 626; Filipe Albuquerque MATOS, “As declarações reticentes”, 457.

A posição não é unânime. Em sentido contrário, cf. Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 512 s.; Júlio GOMES, “O dever de informação do (candidato a) tomador”, 424 e 432.



verificação ou conseqüências foram influenciadas pelo facto relativamente ao qual foram emitidas informações inexatas ou relativamente ao qual houve omissões, o segurador pode ou cobrir o sinistro na proporção da diferença entre o prémio pago e o prémio que seria devido, caso, aquando da celebração do contrato, tivesse conhecido o facto omitido ou declarado incorretamente; ou não cobrir o sinistro, caso prove que jamais teria celebrado o contrato se tivesse conhecimento do facto omitido ou declarado inexatamente, ficando vinculado à devolução do prémio, isto significa, *a contrario*, que, se a verificação ou conseqüências do sinistro não forem influenciadas pelo facto relativamente ao qual foram emitidas informações inexatas ou que foi omitido, o segurador vai cobrir o risco. O legislador está, assim, a determinar a produção de efeitos jurídicos de um negócio que é inválido. Trata-se de uma solução que visa, aos nossos olhos, evitar um vazio de proteção em relação ao tomador do seguro: sendo a solução pensada para um momento anterior à cessação ou modificação do contrato, isso significa que a parte economicamente mais débil não procurou ainda outra via de proteção para o risco. Considerou, portanto, o legislador que seria demasiado severo impor a não cobertura do risco em todas as situações, reservando a sanção para as hipóteses de verificação de um nexo de causalidade entre o facto omitido ou inexatamente comunicado e o sinistro. Do ponto de vista do segurador, só essa conexão é de molde a tornar relevante a perturbação da vontade negocial: na ausência de nexo de causalidade, tudo se passa, para o segurador, como se o risco cuja transferência assumiu fosse efetivamente aquele que considerou no momento da tomada de decisão de contratar.



A solução não está, contudo, isenta de críticas⁵⁰. Na verdade, os autores apontam que a solução se mostra pouco compatível com a ideia de invalidade do negócio, por virtude da perturbação no processo formativo da vontade. Além disso, as omissões e inexatidões afetam o equilíbrio entre o risco e o prémio pago, pelo que o comportamento merecerá, independentemente do requisito causal, a censura do direito⁵¹, ao mesmo tempo que, como esclarece

⁵⁰ Para uma sùmula de todas essas crùticas, de que aqui damos conta, cf. Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 522 s.

⁵¹ Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 523.



Luís Poças, pode abrir as portas a injustiças⁵² e potenciar comportamentos negligentes⁵³.

O certo é que, independentemente da bondade ou não da exigência, temos de, a este nível, lidar com o requisito *causalidade*, tornando-se, por isso, urgente determinar qual o critério de aferição do mesmo⁵⁴.

⁵² Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 523. Diz-nos o autor: “imagine-se dois proponentes de um seguro de vida que sofrem de uma doença grave. O primeiro declara-se ao segurador e este recusa-se a contratar. O segundo omite-a e o contrato é aceite. Se ambos morrerem de acidente de viação, o primeiro não terá conseguido salvaguardar a posição de determinados beneficiários, enquanto a incúria ou desonestidade do segundo será premiada com o cumprimento da prestação pecuniária pelo segurador. Também num seguro de vida, o proponente que omite uma doença fatal, sempre poderá, para evitar que se verifique a causalidade entre a omissão e o sinistro, obviar à produção do nexos causal, interrompendo-o *in limine* mediante o suicídio (coberto após a primeira anuidade contratual, nos termos do nº1 do artigo 191º da LCS)”. Ainda que sugestivos os exemplos avançados pelo autor, sempre haverá que se dizer que – confinando-se (como, aliás, Luís Poças faz) o requisito causal à disciplina dos comportamentos negligentes [note-se que a posição não é unânime; em sentido contrário, considerando que o requisito causal também é exigido pelo artigo 25º DL nº72/2008, cf. Filipe Albuquerque MATOS, “Uma outra abordagem”, 636] – deixa de fazer sentido a referência à desonestidade do tomador do seguro a este propósito. Por outro lado, importa não esquecer, igualmente, que, estando em causa comportamentos potencialmente fraudulentos, ainda que posterior à celebração do negócio, há mecanismos de que, mesmo se não previstos especificamente a propósito da relação de seguro, podemos lançar mão.

⁵³ Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 524.

⁵⁴ Luís POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 524, recorre ao critério da causalidade adequada.



A causalidade tem sido, sobretudo, tematizada a propósito da responsabilidade civil. Ora, as tradicionais doutrinas que a esse nível foram pensadas para garantir que o ressarcimento era imposto ao efetivo causador do dano, da mesma forma que se têm mostrado imprestáveis no plano indemnizatório, devem ser consideradas improcedentes do ponto de vista do direito dos seguros. A asserção haverá de ser, no entanto, esclarecida. Se, no quadro da responsabilidade civil, tivemos já oportunidade de evidenciar que a perspetiva causal em que se traduz a *conditio sine qua non* e a *causalidade adequada* quadra mal com a intencionalidade especificamente jurídica e de mostrar que os problemas (e aporias) a que os critérios nos faziam aportar nos impedem de alcançar uma solução que se pretenda materialmente justa (e normativamente fundada)⁵⁵, há que pensar se as mesmas dificuldades seriam enfrentadas, se quiséssemos aderir quer à condicionalidade sem a qual, quer à adequação, quando nos inserimos no quadro securitário. Posteriormente, termos de tentar perceber em que medida uma perspetiva diversa da causalidade, que nos remeta para uma ideia de imputação, é aceitável a este nível.

⁵⁵ 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*, Príncípa, 2013; Mafalda Miranda BARBOSA, *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspetivas em matéria de nexo de causalidade*, Príncípa, 2014; Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, Príncípa, 2017; Mafalda Miranda BARBOSA, “Sentido e intencionalidade do requisito causal: o antes e o depois do Código Civil de 1966”, *Responsabilidade civil: Cinquenta anos em Portugal, Quinze anos no Brasil*, Instituto Jurídico, 2017, 61-154.



3.1. O problema da causalidade no âmbito da responsabilidade civil

3.1.1. A perspectiva tradicional

(a) A *conditio sine qua non*

Segundo a doutrina da *conditio sine qua non*, uma conduta é causa do dano sempre que se conclua que este não se teria verificado sem aquela. Fortemente inspirada na doutrina filosófica de Stuart Mill⁵⁶, percebe-se que a mesma tenha colhido grande entusiasmo no século XIX, fruto do clima cientista e positivista que naquela época se viveu⁵⁷. Para o autor, a causa é tida como a soma de todas as condições que conjuntamente se mostrem suficientes para a produção de um evento de tal modo que, uma vez verificadas, invariavelmente o resultado será aquele. Importada para o mundo jurídico pelas mãos de Von Buri⁵⁸, a recondução da

⁵⁶ Para Stuart Mill, a causa real é o grupo de antecedentes que determinaram o fenómeno e sem o qual ele não teria lugar, pelo que “ninguém tem o direito, filosoficamente falando, de dar o nome de causa a um deles” (*Sistema de lógica dedutiva e indutiva*, apud Pereira COELHO, “O nexos de causalidade na responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*”, 1951, 181. Cf., ainda, *A system of logic: ratiocinative and inductive*, John W. Parker, London, 1843, 392 s.)

⁵⁷ Sobre a justificação para esta equiparação entre a causa e qualquer condição sem a qual o evento não se teria verificado, cf. Pereira COELHO, “*O nexos de causalidade*”, 183. Veja-se, ainda, Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, 31 s., expondo a transição entre o mundo da juridicidade da doutrina filosófica de Mill através da ideia de sinédoque.

⁵⁸ Cf. Von BURI, *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Beziehung*, 1885, nº308 e *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873, 13.



causa à simples condição baseia-se, sobretudo, na impossibilidade científica de se eleger, de entre as várias circunstâncias potenciadoras do resultado, aquela que efetivamente possa ser vista como determinante⁵⁹. A intervenção da condição seria necessária para a produção do dano e nessa medida suficiente para a imputação da responsabilidade^{60- 61}. A despeito da aparente

⁵⁹ Para outras considerações, veja-se Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral*, I, Almedina, Coimbra, 2003, 916; Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, 532 s.; M. FRANZONI, “Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059”, in F. GALGANO (ed.), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, 1993, 95 s.; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè Editore, Milano, 1967, 194 s.; G. ALPA, M. BESSONE, V. ZENO-ZENCOVICH, “I fatti illeciti”, *Tratatto di diritto civile*, 14, *Obligazioni e Contratti*, VI (a cura di Pietro Rescigno), 2ª edição, UTET, Torino, 1995, 63 s.; FRITZ HAUEISEN, “Die Theorie der wesentlichen Bedingung – ein wichtige Ursachenlehre”, *Juristenzeitung*, 16, Heft 1, 1961, 9 s.

⁶⁰ Cf. A. M. HONORÉ, “Causation and remoteness of damage”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts* (ANDRE TUNC, ed.), chapter 7, Tübingen, Paris, New York, 1971, 34.

⁶¹ Qualquer condição seria vista como causa e nessa medida todas as condições seriam equivalentes. Não há, portanto, uma importação literal do pensamento de Mill para o mundo jurídico, já que não é a soma das condições que determinaria a relevância da causa. É, aliás, neste ponto que se localiza a crítica de Birkmeyer a Von Buri. É que, partindo da ideia de que o evento só ocorre pelo concurso de todas as condições predispostas para o efeito, Von Buri, sustentando a impossibilidade de alguma se destacar das demais, defende a equivalência entre todas, recusando a ideia de causa eficiente ínsita à teoria protagonizada pelo primeiro autor. Acontece que este, exatamente porque todas se mostram necessárias para a produção do dano, deduz daqui o corolário da insuficiência dela, dizendo que, consentaneamente com o ponto de partida do autor, se deveria sustentar como causa a soma de todas as condições. Afasta, desta forma, a crítica que Von Buri lhe dirige relativamente à impossibilidade de eleição de uma causa eficiente entre as diversas condições. Cf., à frente, o que se explicita –



simplicidade da teoria, a granjear adeptos pela desoneração a que conduz o julgador, a verdade é que, não só aquela é meramente aparente – conduzindo, na prática, ao artificialismo do critério mobilizado em concreto –, como se improcedente na prática judicativa⁶².

Assim, o critério quadra mal com a intencionalidade jurídica. Parte de uma visão determinística do mundo, que não é sequer aceite no campo das ciências exatas, esquecendo que, ao nível jurídico, o direito não pode ser determinado pelo ser, na medida em que se traduz num dever-ser. Por outro lado, deixa-nos sem

de forma sumária – acerca da teoria daquele. Para uma análise comparatística entre os dois autores, cf. Pereira COELHO, “O nexa de causalidade”, 186 s. O autor afirma, contundentemente, que Von Buri parte de um sofisma. Parte da ideia de que todas as condições são necessárias para chegar à conclusão que o efeito é produto de cada uma delas, porque cada uma das condições torna causais as restantes. Ora, como salienta Pereira Coelho “se A+B+C+D são iguais a E, é evidente que só uma dessas grandezas não pode ser igual a E. E é isto que em resumo afirma Buri” (cf. pág. 187). Acentua, por isso, o autor a *nuance* da conceção hodierna da teoria da equivalência das condições. “Os jurisconsultos que hoje em dia defendem a teoria da *conditio sine qua non* limitam-se a acentuar que todas as condições são necessárias para o efeito e que portanto elas são, neste sentido, equivalentes, não sendo possível fazer entre elas qualquer distinção”. Dito de outro modo, todas podem ser consideradas causas. Cf., ainda, Oliveira ASCENSÃO, *Acção finalista e nexa causal*, Dissertação do Curso Complementar de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito de Lisboa, 1956, 112 s. ⁶² Cf. G. MARTY, «La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (Étude comparative des conceptions allemande, anglaise et française) », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1939, 691 s.; François CHABAS, *L’influence de la pluralité de causes causes sur le droit à réparation*, LGDJ, 1967, nº100; Raniero BORDON, *Il nesso di causalità*, Utet Giuridica, Torino, 2006, 42. Para outras considerações, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, cap. II



resposta em todos os casos em que o dano tem origem no comportamento da vítima. Desde logo, há a considerar todos aqueles casos em que se desvela um comportamento do lesado que, concorrentemente, desempenha um papel ativo no processo causal. E não falamos só das hipóteses de concorrência de culpas do lesado – a encerrar a *vexata quaestio* da qualificação do seu âmagô como um problema atinente à culpa ou à causalidade –, mas também daquelas em que o processo causal tem início num comportamento da vítima, adotado em face da influência psicológica que um terceiro sobre ela exerceu. Lembramo-nos, num exercício de chamada à colação de uma memória predisponível dos problemas com que o sistema se vai debatendo, das situações de responsabilidade por informações⁶³.

Ao mesmo tempo, conduz a uma extensão desmedida da responsabilidade⁶⁴. Na verdade, o imbricamento em cadeia de

⁶³ Na verdade, sempre que o processo causal seja integrado por uma dimensão psicológica torna-se extremamente difícil, ou mesmo impossível, raciocinar em termos contrafactuais. Será que, sem o conselho recebido, o lesado teria atuado de forma diferente? Mas isso não afeta o núcleo de autonomia que predica a decisão em que radica, afinal, o agir humano?

⁶⁴ Nesse sentido, cf. Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 84, 1959, 22-23; Pereira COELHO, “O nexo de causalidade”, 189 s.; Antunes VARELA, *Das obrigações*, 884-885; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, 761-762; Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999, 390 s. e *Direito das Obrigações*, 1º vol., AAFDL, Lisboa, 1975/1976, 569 e 573; Sinde MONTEIRO, “Rudimentos da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 2º, 2005, 379; Carneiro da FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade civil, O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 101;



acontecimentos opera-se com uma tal voracidade na realidade prática que torna imprestável um critério assente na pura conexão causal⁶⁵⁻⁶⁶. Do mesmo passo, mas sem contradição, restringe,

Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 547 e *Direito das Obrigações*, 334; Ribeiro de FARIA, *Direito das Obrigações*, I, Almedina, Coimbra, 2003, 498; Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 404 s.; Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 655; Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 35; Raniero BORDON, *Il nesso di causalità*, 45; G. VALCAVI, “Intorno al rapporto di causalità nel torto civile”, *Rivista di diritto civile*, nº5, 1995488.

⁶⁵ Sobre esta crítica em especial, cf., *inter alia*, Antunes VARELA, *Das obrigações*, 885; Pereira COELHO, “O nexó de causalidade”, 80; Gomes da SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 67 s.; Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, 359 e n.760.

⁶⁶ Porque a doutrina da *conditio sine qua non* remonta, como dissemos, ao quadro filosófico de inspiração millesiana, importa dar aqui nota da advertência feita por Pereira Coelho (cf. “O nexó de causalidade”, 181, n. 1). Na verdade, afirma-se amiúde que a doutrina em causa abre a porta ao infinito. Alerta o jurista português que tal não é necessariamente assim, no quadro filosófico do problema. E não é porque, quando Stuart Mill “define a causa como a totalidade das condições, não compreende entre tais condições também os seus antecedentes mediatos, isto é, as condições das condições”. Cf. Stuart MILL, *A system of logic*, 392 s. Diante da explicação – que, saliente-se, não leva o autor a aderir à posição jurídica equivalente – concita-se uma dúvida e afiguram-se razoáveis alguns esclarecimentos. Em bom rigor, como distinguir as condições das condições, os tais antecedentes mediatos, das condições imediatas e próprias? A imprestabilidade de tal juízo – quando normativamente assumido, ao vestir a roupagem da teoria da equivalência das condições – só se logrará compreender, porém, na bifurcação de perspetivas. Centrando-nos no dano concretamente sofrido, indagamos *ex ante* se ele foi causado pelo comportamento do putativo lesante para, de acordo com a doutrina em apreço, respondermos que sim, sempre que surja como uma condição sem a qual não teria sobrevivido. Pergunta-se, então, e se confluir mais do que uma causa juridicamente atendível como



noutras situações, a responsabilidade, impedindo uma decisão justa. Pense-se no âmbito de relevância dos casos em abstrato assimiláveis pela intencionalidade problemática do conceito de causalidade cumulativa ou alternativa. A e B disparam ao mesmo tempo sobre C, pelo que nenhum dos ferimentos pode ser visto como condição sem a qual o dano não teria ocorrido, já que

eleger uma como o polo de imputação da responsabilidade? Prospetivamente, olhamos para a multiplicidade de danos sobrevividos. Operando a realidade segundo uma cadeia de causas e efeitos, como balizar o dano indemnizável? Contrariamente à pressuposição epistemológica da condicionalidade como padrão explicativo da realidade, do ponto de vista da intencionalidade jurídica ela nada nos comunica, senão a idoneidade do meio para produzir um determinado dano. Tanto mais que, no seio do que pode ser identificado com o kantiano reino dos fins, a estrutura dos acontecimentos é menos linear e mais tentacular.

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

Também no sentido de mostrar a impraticabilidade da adoção da doutrina da *condition sine qua non* no quadro do direito civil, embora não se pronuncie sobre a prestabilidade da mesma no âmbito penalista, cf. Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização”, 23; Oliveira ASCENSÃO, *Acção finalista e nexos causal*, 115.

Cf., igualmente, Paul ESMEIN, “Trois problèmes de responsabilité civile. Causalité. Concours des responsabilités. Conventions d’irresponsabilité”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1934, tome trente-troisième, 317-369. Para uma sistematização das críticas apontadas à doutrina, Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 34 s. (alargamento desmesurado do número de potenciais responsáveis, risco de condução da responsabilidade *ad infinitum*, impossibilidade de repartição do encargo ressarcitório entre os diversos coautores ou entre a vítima e um dos autores do dano, insusceptibilidade de resolução dos problemas de sobredeterminação causal).



qualquer um deles poderia desaparecer, continuando o processo causal a seguir o seu curso letal⁶⁷.

⁶⁷ Cf., no mesmo sentido, dando este exemplo, Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 884, n. 1 e 739 s.

Note-se que a crítica pode ser contornada, considerando que o que importa para o estabelecimento da conexão causal é o evento concreto – a morte tal como ela ocorreu – e não abstrato. Cf. Pereira COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Almedina, 1998, 9, n. 6 e 180 s. [Entre os principais argumentos invocados pelo autor, referência nacional em matéria de causalidade, contam-se o facto de o juízo de condicionalidade dever ser um juízo puro, não devendo resvalar para nenhuma seleção segundo razões atinentes à valia do comportamento e as dúvidas suscitadas pelos casos de causalidade cumulativa]; Vaz SERRA, “Obrigação de indemnizar”, 63-64 e n. 185; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, 5; BYDLINSKI, “Mittäterschaft im Schadenrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 158, 1959, 416 [De BYDLINSKI veja-se, porém, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, F. Enke, Estugarda, 1964, 17, colocando em evidência algumas das aporias a que pode conduzir a consideração do resultado em concreto]; Ribeiro de FARIA, *Direito das Obrigações*, 499; Geraldês de CARVALHO, “A causalidade. Subsídios para uma teoria da responsabilidade jurídica em geral” (capítulo de livro em preparação), *Colectânea de Jurisprudência*, ano VII, tomo 4, 1982, Coimbra, 26 s.; Jorge Carlos da FONSECA, “A relevância negativa da causa virtual ou hipotética na responsabilidade civil (Delimitação do problema. Sua incidência no Direito Português)”, *Revista Jurídica*, AAFDL, nº4, 1984, 43; HART E HONORÉ, *Causation in the law*, 2nd edition, Clarendon Press, Oxford, 2002, 124, 235, 252 e ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, 14 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1987, 360; Christoph ROTHENFUSSER, *Kausalität und Nachteil*, Beck, München, 2003, 75-81, mostrando-se crítico da configuração concreta do resultado (cf. pág. 60 s.).

Sobre o ponto, cf., também, Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização”, 95. No âmbito dos trabalhos preparatórios do atual Código Civil, e aderindo previamente à doutrina da causalidade adequada, Vaz Serra pondera uma hipótese prática com uma intencionalidade análoga à que problematizámos em texto. Relativamente a ela, pode aí ler-se: “poderia julgar-se que falta a conexão causal



entre o facto e um dos autores e o dano, pois esse facto não é condição *sine qua non* do dano. No entanto, tal não seria razoável. A vítima ficaria sem indemnização apesar de o facto de qualquer dos autores ter sido suficiente para produzir o dano. Portanto, deve cada um deles considerar-se responsável pelo dano total”. Note-se que o discurso do civilista se dirige à doutrina da causalidade adequada, mostrando, em sintonia com o que posteriormente denunciaremos, que, ao partir-se da doutrina da equivalência das condições para a corrigirmos, continuamos a ser contagiados com alguns dos seus anátemas. Saliente-se, ainda, que em debate está a possibilidade de, no seio do ordenamento jurídico pátrio, se chegar a uma solução como a que é viabilizada pelo §830 BGB.

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

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



(b) A doutrina da causalidade adequada

Em face das inconclusões da doutrina da condicionalidade, os autores passaram, com formulações diversas, a propor um entendimento causal que – aparentemente – se afasta de uma impositação naturalista e lógica para abraçar, do ponto de vista da juridicidade, a específica intencionalidade que a predica⁶⁸. Já não se

Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht, Mohr, Tübingen, 1912]

No fundo, parece resultar a dificuldade do facto de contra cada uma das posições poderem ser desferidas críticas que as atingem no seu cerne. Assim, no que à conformação concreta do resultado concerne, há que considerar a consequência da elevação de todas as circunstâncias acidentais a fatores causais (cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 661s., acompanhando de perto a lição de CANARIS vertida em “Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens und ihre Grundlagen”, Franz HÄUSER *et alii*, *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 2004, 3-24, aqui 13-14), bem como o facto de ela permitir “obter as conclusões causais que se pretender, manipulando a descrição do resultado, isto é, incluindo na descrição do resultado concreto justamente aquelas circunstâncias para as quais aquela pessoa, cujo comportamento se pretende que seja considerado causal para o resultado, põe uma condição necessária, caindo assim num círculo vicioso” (Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 663), pelo que se exigiria a seleção dos elementos relevantes à luz da intencionalidade da norma. É, aliás, essa a posição de CANARIS (cf. “Die Vermutung aufklärungsrichtigen”, 15). Sobre a consideração do resultado em concreto, v., igualmente, Wolfgang B. SCHÜNEMANN, “Unzulänglichkeit der Adäquanztheorie? AG und LG Regensburg, VersR 1977, 459”, *Juristische Schulung*, 19. Jahrgang, Heft 1, 1979, 22; e Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 43

⁶⁸ A teoria, tendo origem doutrinal, terá sido consagrada na jurisprudência tudesca em 1913 e confirmada em 1951, a propósito do naufrágio do navio *Edelweiss* – cf. HART/HONORÉ, *Causation*, 474 s. Com a mesma referência, acrescentando ainda um outro acórdão, datado de 1972, v. FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches*, 111.



indaga qual a causa do dano, mas olha-se para o comportamento do lesante para ver se, em abstrato, ele é ou não idóneo a produzir um dano daquele tipo. Encontra-se, por isso, o ponto de clivagem entre esta perspetiva e as doutrinas que se integram naquilo que Honoré apelidou de *necessity theories* e de *explanatory theories*⁶⁹. A questão que passa a orientar o jurista é – numa formulação positiva – a de saber se é normal e adequado (provável) que aquele tipo de comportamento gere aquele tipo de dano; ou – numa formulação negativa – a de saber se é de todo indiferente para a produção de um dano daquele tipo um comportamento como o do lesante.

Sobre a doutrina da causalidade adequada haveremos desde já de considerar que ela não constitui um magma uniforme. Pelo contrário, no seu seio albergam-se formulações absolutamente díspares que vão desde uma visão probabilística-estatística, que quadra mal com a intencionalidade jurídica, até um conceito normativizado de causalidade. O certo, porém, é que mesmo numa visão normativa de adequação as inconcludências a que a doutrina aporta o jurista não são de pequena monta⁷⁰.

Assim, colocam-se desde logo problemas ao nível da descrição dos *relatas*, isto é, dos termos a relacionar. Na verdade, se se

⁶⁹ A propósito da classificação das teorias causais, cf. Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 23 s.

Para outros desenvolvimentos e uma enunciação destas diversas doutrinas, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 86 s.

⁷⁰ Para um acompanhamento mais pormenorizado das diversas críticas que lançamos sobre a causalidade adequada, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 99 s., bem como a demais bibliografia aí citada.



perguntar “é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de uma pessoa”, a resposta será, em princípio, negativa. Mas se se perguntar “é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de um hemofílico em último grau”, a resposta pode já ser afirmativa. Quer isto dizer que consoante a descrição que se faça dos eventos, assim a resposta já vai contida na indagação. E não será fácil optar por uma descrição dos *relata* em abstrato – porque se perde a necessária relevância do caso concreto – ou em concreto, porque a pormenorização pode, de facto, condicionar uma solução que, *a priori*, não deveria estar estabelecida. Isto quer dizer, no fundo, que – consoante afirmam certos autores – a adequação é critério de coisa alguma, uma fórmula vazia (*Leeformel*)⁷¹.

Por outro lado, coloca-se o problema de saber qual o ponto de vista que se deve adotar nesta indagação: o ponto de vista do sujeito que atuou, o ponto de vista do homem médio ou o ponto de vista do observador ótimo e experiente? E devem ou não ter-se em conta os conhecimentos efetivos do lesante que, em concreto, podem alterar o juízo de prognose a encetar? Basta pensar, por exemplo, na hipótese em que o sujeito sabia da hemofilia da vítima e por isso desferiu contra ela um golpe. Mas, ao considerarmos esta probabilidade corrigida por índices de subjetividade, não estamos a aproximar-nos da culpa e da previsibilidade, sendo certo que os

⁷¹ Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade*, 534, ao afirmar que ela não é bitola de coisa nenhuma, mas “espaço que iremos preenchendo com base no senso comum e em juízos de tipo ético”; Menezes LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Almedina, Coimbra, 2005, 325; Günther BERNERT, “Die Leeformel von der Adäquanz”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 169, 1969, 421-442



autores a rejeitam – e bem – para estabelecer o nexo de causalidade? O mesmo não se poderá perguntar se o nosso juízo um juízo *ex ante*? Mas, por outro lado, se o juízo for absolutamente objetivo e formulado *ex post*, não estaremos a condenar-nos a uma resposta de tipo estatístico que quadra mal com a intencionalidade predicativa da juridicidade e nos afasta de soluções justas, como no exemplo apresentado anteriormente? E, *in fine*, qual o grau de probabilidade que deve ser requerido?

A causalidade adequada mostra-se ainda falha noutras situações. Em primeiro lugar, ela não nos oferece uma resposta satisfatória sempre que esteja em causa a chamada causalidade psicológica, isto é, sempre que o sujeito atua para levar o lesado ou um terceiro a agir. Do mesmo modo, mostra-se insuficiente nas hipóteses de causalidade cumulativa necessária. Por último, ao partir de uma ideia de condicionalidade, acaba por ficar refém dos problemas anteriormente patenteados.

(c) A teoria do escopo da norma violada

A doutrina do escopo da norma violada desliga-se da linguagem causal e resolve o problema da delimitação dos danos a indemnizar, na sequência de um ato ilícito e culposo, a partir de considerações de tipo normativo, centradas na indagação da finalidade da norma violada⁷².

⁷² Cf. RABEL, Das Recht des Warenkaufs, Bd. I, De Gruyter, Berlin, 1936, 495 s.; Hermann LANGE, Empfiehlt es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden? Gutachten für den 43. Deutschen Juristag, Mohr, Tübingen, 1960, 38 s.;



Com base numa interpretação teleológica desta, perscruta-se a resposta para três segmentos problemáticos: quais os sujeitos que a norma visava tutelar?; que tipo de interesses eram por ela protegidos?; qual a forma de surgimento dos danos que ela proscovia⁷³?

ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1*, 8. Aufl. 1995; Teilband 2, 8. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2000, 210 s.; Joseph G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht: Ein Diskussionsbeitrag*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1962, 14 s.; Thomas RAISER, „Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schutzzweck der verletzen Norm“, *Juristenzeitung*, 18, Heft 15, 1963, 462 s.; Ulrich HUBER, „Normzwecktheorie und Adäquanztheorie“, 677 a 684; Hans STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, 400; WILBURG, *Die Element des Schadensrechts*, 244 s.; Erich SCHIECKEDANZ, „Schutzzwecklehre und Adäquanztheorie“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 24. Jahrgang, Heft 21, 1. Halbband, 1971, 916 s.; BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung*, 63 s.; M. GRONDONA, „Responsabilità del medico, nesso di causalità, risarcimento del danno morale riflesso: la Cassazione fa il punto“, *Danno e responsabilità*, nº2, 2000, 157 a 165, aqui 162; Paolo CENDON, „Condotte dolose e causalità giuridica“, *Persona e danno* (a cura di Paolo CENDON), Giuffrè Editore, Milano, 2004, 5266 a 5298, em particular 5275; M. BARCELLONA, „Scopo della norma violata: interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana“, *Revista di Diritto Civile*, I, 1973, 311 a 371. Entre nós, aderindo à doutrina, cf., inter alia, Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil*, 535; Menezes LEITÃO, *A responsabilidade do gestor*, 326; Gomes da SILVA, *O dever de prestar*, 231. Veja-se, ainda, para outras considerações, Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 269.

⁷³ Cf. M. HONORÉ, „Causation and remoteness of damage“, 60; Helmut KOZIOL, „Causation under Austrian“, *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, 12. Para uma compreensão da importância da resposta a cada um dos segmentos elencados, cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 249, para quem se deve perguntar quem a norma protege, o que protege e de quê protege; Antunes VARELA, *Das obrigações*, 539. Veja-se, igualmente, Wolfgang FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9 Aufl.,



Se é certo que, com base nesta doutrina, não somos conduzidos às aporias que a probabilidade nos comunica, não menos certo é que parece que ficamos dependentes da existência de uma norma da qual se possa determinar o escopo violado. Percebe-se, por isso, que alguns autores se mostrem particularmente interessados na doutrina a propósito da segunda modalidade de ilicitude. Mas percebe-se, também, que ela não nos satisfaça como resposta global ao problema causal, no seio da responsabilidade civil. Ademais, mantém-se presa a uma visão linear do problema, que não tem em conta a complexidade conformativa das sociedades atuais.

3.1.2. A perspectiva imputacional. A teoria das esferas de risco

Demonstrada a falência das tradicionais doutrinas forjadas em torno do problema causal, torna-se necessário perceber em que moldes deve ser pensado o requisito. Ora, se as diversas normas e critérios do sistema, para serem interpretados, têm de ser remetidos para o caso concreto – que os mobiliza – e para os princípios em que se fundam (sob pena de se incompreender a intencionalidade normativa dos mesmos), então isso significa que na concretização-interpretação dos diversos pressupostos de procedência de uma pretensão indenizatória temos de ter em conta os princípios normativos, que nos remetem para o princípio da responsabilidade, a entroncar, em última análise, na ideia de

De Gruyter, Berlin, New York, 1997, 755-756 e 775 s. (FIKENTSCHE/HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10. Aufl., De Gruyter, Berlin, 2006, 793 s.); Raniero BORDON, *Il nesso di causalità*, 84.



pessoa positivamente livre. É, portanto, à luz da pessoalidade livre e responsável que vamos ter de compreender o pressuposto causal. Se assim é, então isso significa que o que se debate não é o estabelecimento de uma relação causa-efeito, mas a justeza de se imputar objetivamente uma lesão ao comportamento de um sujeito, tido como autor daquela. Ou seja, o nosso problema não reside na causalidade, mas na imputação objetiva, o que, por seu turno, implica que a própria estrutura do ilícito de que se parte condicione os exatos termos de estabelecimento dessa imputação.

A responsabilidade deixa, nesta perspetiva, de ser entendida exclusivamente do ponto de vista dogmático, mas ser compreendida do ponto de vista ético-axiológico⁷⁴. A própria ação, de onde se parte, deve ser vista como uma categoria onto-axiológica o que, no diálogo com a pressuposição do risco, nos permite inverter alguns dos aspetos tradicionais do problema. Assim, e desde logo, podemos afirmar que o filão fundamentador da imputação objetiva não pode deixar de se encontrar numa *esfera de risco que se assume*. 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 dialéctico encontro entre o *eu*, componente da sua individualidade, e o *tu*, potenciador

⁷⁴ Cf., para maiores desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 890 s. e 1130 s., bem como a demais bibliografia aí citada e que aqui damos por reproduzimos. Repristinamos algumas das conclusões a que, naquela investigação, chegámos.



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. 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 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 dialéctico 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 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 Lindenmaier, Von Caemmerer ou Till Ristow, 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 germen 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*. Em



termos práticos, não há unanimidade no tocante ao significado da invocação de um comportamento lícito alternativo. Se muitos advogam a sua procedência, baseando-se para o efeito na ideia de que, nestes casos, a ilicitude não teria cumprido a sua verdadeira função como elemento crucial de edificação do dever de indenizar, outros parecem remeter a relevância dele para o âmbito da finalidade de proteção da norma, ficando a solução concreta dependente desse escopo. Seja como for, e independentemente das posições particulares que vão sendo firmadas, descontadas as tentativas de abordagem do tema à lupa da causalidade hipotética, é na ligação ao requisito da ilicitude que se joga o cerne da problemática. E por isso entende-se que, ultrapassada a visão mais ortodoxa dela, a sua mobilização surja com particular acuidade ao nível da segunda modalidade de ilicitude. A descoberta da falta de relevância da norma violada para a emergência do dano vem mostrar, afinal, que a intencionalidade normativa do caso não é assimilada pela intencionalidade normativa daquela. Do que se trata é de saber se o dano teria tido lugar sensivelmente do mesmo modo, no mesmo tempo e nas mesmas condições ainda que a preterição do dever não se tivesse verificado. Ou dito de outro modo, pergunta-se em que medida a conduta conforme ao direito teria diminuído de forma significativa o risco de realização do evento lesivo, quebrando-se, em caso de resposta afirmativa, o nexo de ilicitude que se começava a desenhar com a violação normativa. Se nos afastarmos do quadro da segunda modalidade de ilicitude delitual e nos deixarmos orientar pela ilicitude desvelada por via da lesão de direitos subjetivos absolutos, facilmente nos aperceberemos da dificuldade de mobilização de um comportamento lícito alternativo. Na verdade, se a ilicitude fica confinada à violação do bem jurídico, isto é, ao resultado, não faz



sentido falar-se de uma alternativa lícita. Arredado que esteja o formalismo, sabemos que – embora perspectivado na ótica do resultado – o ilícito tem subjacente a si uma conduta, traduzindo-se a ligação entre estes dois elementos no nexo de imputação que estamos a erigir.

Adequadamente compreendida a ação, conformada pela liberdade do sujeito, inseparável da correspondente responsabilidade, a conexão de que falamos não é matizada pela nota da exterioridade, mas predica-se na interioridade do dever. E traduz-se, em termos práticos-normativos, na constatação da assunção de uma esfera de risco, indagando-se, posteriormente, acerca da pertinência do dano àquele círculo de responsabilidade que se encabeça. Se a simples possibilidade é bastante para se integrar a lesão na esfera gerada ou incrementada, então é, em teoria, possível conceber que o lesante venha provar que o mesmo dano teria sido causado mesmo que o comportamento tivesse sido outro. Note-se, obviamente, que em rigor não estaria em julgamento um comportamento lícito alternativo, porquanto, ao não se estabelecer a conexão que buscamos, é o próprio nexo de ilicitude que falece e, conseqüentemente, o carácter ilícito do resultado. Não se trata de apurar da relevância negativa de uma causalidade hipotética, mas de saber se o lesante logrará afastar a sua responsabilidade ao provar a irrelevância do comportamento para a emergência do dano.

Pressuposta que seja a finalidade primacial do ressarcimento como a reparação, e não esquecido que o sentido pessoalista da responsabilidade não nos pode afastar da determinação do agente, torna-se simples o sentido da solução. Deve-se, de facto, admitir a invocação do comportamento conforme ao direito como



expediente de exclusão da imputação que se traça. A este nível colhe a invocação do comportamento alternativo conforme ao direito, porque, ao mostrar que a lesão surgiria do mesmo modo independentemente da licitude ou ilicitude do comportamento, consegue-se obter a prova do não incremento do risco. No fundo, o lesante demonstra que o dano que emerge não se conecta funcionalmente com a esfera de responsabilidade atualizada a partir da obliteração dos deveres de conduta. A dificuldade passa, portanto, a ser outra, qual seja a de saber qual a prova que deve ser oferecida pelo obrigado a indemnizar. O julgador só deve recusar a imputação quando haja prova da efetiva causa do dano ou quando haja prova da elevada probabilidade de que a lesão se teria realizado mesmo sem o desvio na conduta. Note-se que o grau de probabilidade de que aqui se fala deve andar próximo da certeza, o que se entende se se considerar que a assunção da esfera de risco coenvolve igualmente o risco processual.

Na indagação da pertinência funcional da lesão do direito à esfera de responsabilidade que se erige e assume, importa ter sempre presente que esta é mais ampla que o círculo definido pela culpa, como atrás se constatou. Contudo, pese embora a ideia da extrapolação da vontade que acompanha o resultado, há que ter em conta, no juízo imputacional, uma ideia de *controlabilidade* do dado real pelo agente. Esta controlabilidade há-de, pois, ser entendida no sentido da evitabilidade do evento lesivo. Com isto, exclui-se a possibilidade de indemnização dos danos que resultem de acontecimentos fortuitos ou de casos de força maior. No fundo, o que se procura com as categorias é retirar da esfera de risco edificada algumas das consequências que, pertencendo-lhe em regra, pela falta de controlabilidade (inevitabilidade,



extraordinariedade, excecionalidade e invencibilidade), não apresentam uma conexão funcional com o perigo gerado. Note-se, porém, que a judicativa decisão acerca da existência ou não de um facto fortuito ou caso de força maior poderá implicar, em vez de uma estanque análise das características elencadas, um cotejo de esferas de risco. De facto, poderá haver situações em que o pretense lesante não tem controlo efetivo sobre a situação que gera o dano, mas pode e deve minorar os efeitos nefastos dela. Com isto, mostramos que não é ao nível da culpa que as duas categorias derramam a sua eficácia. No entanto, isso não nos leva a optar inexoravelmente por uma perspectiva que as funde no conceito de causalidade. Num dado sentido, o facto fortuito e a força maior retiram do núcleo de responsabilidade do lesante o resultado verificado. Num outro sentido, reclamam a repartição de esferas de risco, convidando-nos a um cotejo entre elas. Abre-se, portanto, o segundo patamar da indagação “causal” do modelo que edificamos.

Este segundo patamar terá lugar depois de se constatar que o dano-lesão pertence ao núcleo da esfera edificada. Para tanto, é necessário que haja possibilidade do dano e que ele se integre dentro dos eventos que deveriam ser evitados com o cumprimento do dever. Só depois faz sentido, confrontar a esfera titulada pelo potencial lesante com outras esferas de risco/responsabilidade.

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 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 bio-psiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nú. Há que determinar nestes casos em que medida existe ou não uma atuação livre do lesado que convoque uma ideia de auto-responsabilidade



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.

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. Onde, 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, atento 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 tráfico 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. Entre ambas, pode também estabelecer-se o devido concurso⁷⁵.

3.2. A causalidade no direito dos seguros: o requisito do artigo 26º/4 DL nº72/2008

3.2.1. A improcedência das teorias tradicionais

Se fundamentamente concluímos que as teorias tradicionais em matéria de causalidade não nos servem no quadro da responsabilidade civil, haveremos de reforçar essa conclusão no que respeita ao problema que temos em mãos. Vejamos.

Com a *conditio sine qua non* procuramos saber se, uma vez eliminado um comportamento ou substituído por um outro lícito, o dano se verificaria do mesmo modo. Transposto o critério para o quadro dos seguros e para o âmbito de relevância do artigo 26º/4 DL nº72/2008, o que se indaga é se, uma vez eliminado o facto agravante do risco, o sinistro se verificaria do mesmo modo. A partir desta formulação, conseguimos aperceber-nos dos problemas inerentes à teoria. O citado artigo 26º/4 exige que a verificação ou consequências do sinistro tenham sido influenciadas pelo facto relativamente ao qual foram emitidas informações inexatas ou relativamente ao qual tenha havido omissões, não nos encaminhando para um critério de necessidade ou de suficiência (para aludir ao debate anglo-saxónico que divide os defensores do *but-for test* aos arautos do *NESS-test*), o que se torna pouco compatível com a exigência da condicionalidade sem a qual. Por

⁷⁵ Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, cap. XVIII.



outro lado, mesmo que se aceite que a causalidade múltipla, quando cumulativa (necessária ou não necessária), não afasta a condicionalidade *sine qua non*, sempre se haverá que reconhecer que em muitas situações de irredutível certeza a confluência de mais do que uma causa determinará a impossibilidade de se concluir acerca da efetiva influência do facto omitido ou inexatamente comunicado para a produção do sinistro, donde corremos o risco de dar por provado o quesito ou, ao invés, de o afastarmos por meras considerações logicistas. Aliás, a racionalidade que predica a teoria, mesmo baseando-se num naturalismo determinista, não pode senão oferecer-se-nos, porque contrária ao próprio fluir dos acontecimentos na realidade do ser, em termos probabilísticos. Pense-se num exemplo concreto: A, tomador do seguro, não comunicou ao segurador que padecia de um problema de saúde que o impossibilitava de usar a mão esquerda, facto que agrava o risco de um acidente de viação. Ocorrendo o sinistro, pergunta-se se o *handicap* do tomador do seguro/segurado influenciou ou não a verificação daquele? Ainda que haja outras causas, ainda que se considere o resultado na sua configuração concreta⁷⁶, como poderemos afirmar, exceto se

⁷⁶ A propósito da questão da configuração concreta do resultado, cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 659 s. Fala o autor num desafio lançado às teorias por si designadas de contrafactuais, a coincidir com a problemática da causalidade virtual, que receberia uma possível resposta com base no argumento da conformação concreta do resultado. E nesse ensejo, dualiza as posições dos autores, agrupando-as entre aqueles segundo os quais “é indispensável abstrair de algumas características do resultado, de acordo com um critério jurídico, sob pena de se chegar a resultados estranhos” e aqueles para quem há que “considerar o resultado na sua configuração concreta, com as suas características individualizadoras, isto é, tal como ocorreu, naquele momento e lugar e daquele



perscrutarmos a real causa do dano, que a deficiência física do contraente concorreu para o surgimento do evento? Ou, pelo contrário, como poderemos excluir essa relevância, se não em

modo”. Entre os primeiros encontrar-se-ia Traeger; entre os segundos Müller e Engisch. Ponderando argumentos a favor e contra cada uma das posições, Paulo Mota Pinto erige como nóculo problemático central destas lucubrações a indagação: “o problema é, pois, o de saber qual é a configuração concreta do resultado relevante e o que são circunstâncias adjacentes irrelevantes: a separação entre circunstâncias ou elementos laterais em relação à produção do resultado e irrelevantes para este (mas que o caracterizam em concreto), por um lado, e circunstâncias ou elementos relevantes para o resultado.” [A propósito do pensamento de MÜLLER, cf. *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, Mohr, Tübingen, 1912]. No fundo, parece resultar a dificuldade do facto de contra cada uma das posições poderem ser desferidas críticas que as atingem no seu cerne. Assim, no que à conformação concreta do resultado concerne, há que considerar a consequência da elevação de todas as circunstâncias acidentais a fatores causais (cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 661s., acompanhando de perto a lição de CANARIS vertida em “Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens und ihre Grundlagen”, Franz HÄUSER *et alii*, *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 2004, 3-24, aqui 13-14), bem como o facto de ela permitir “obter as conclusões causais que se pretender, manipulando a descrição do resultado, isto é, incluindo na descrição do resultado concreto justamente aquelas circunstâncias para as quais aquela pessoa, cujo comportamento se pretende que seja considerado causal para o resultado, põe uma condição necessária, caindo assim num círculo vicioso” (Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 663), pelo que se exigiria a seleção dos elementos relevantes à luz da intencionalidade da norma. É, aliás, essa a posição de CANARIS (cf. “Die Vermutung aufklärungsrichtigen”, 15). Sobre a consideração do resultado em concreto, v., igualmente, Wolfgang B. SCHÜNEMANN, “Unzulänglichkeit der Adäquanztheorie? AG und LG Regensburg, VersR 1977, 459”, *Juristische Schulung*, 19. Jahrgang, Heft 1, 1979, 22; e Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 43.



termos de probabilidade, com uma clara aproximação à teoria da causalidade adequada?

A iguais perplexidades somos, portanto, conduzidos pela teoria da causalidade adequada. Num caso como o relatado, haverá alguma dúvida de que é normal e adequado que um acidente de viação possa resultar da impossibilidade de o condutor movimentar um dos braços? Mas, mais genericamente, haverá alguma situação em que um facto tido por agravante do risco assumido pelo segurador (pois se não o fosse nem se colocaria o problema do não cumprimento do dever de declaração inicial do risco) não seja considerado causa adequada de um evento que se pode considerar concretização desse risco genericamente considerado? Dito de outro modo, se é normal e provável que um dado tipo de sinistros resulte de um certo risco assumido pelo segurador, não se concluirá sempre, por maioria de razão, que a partir de um facto que agrave esse risco primário é normal e provável que ocorra o sinistro contra o qual o tomador do seguro se acautelava? A única forma de contornar o problema será proceder a uma descrição do sinistro com traços de tamanha concretude e particularidade que, *a priori*, na inquirição causal levamos já pressuposta uma resposta negativa ao requisito. E o mesmo não será, nesse ponto, admitir que, afinal, se abdica de um critério generalizante para se procurar determinar a causa real do sinistro?

Alguns autores têm, aliás, vindo a referir que, no quadro dos contratos de seguros de responsabilidade civil, o critério causal relevante não poderia ser a causalidade adequada (que também



rejeitamos em geral). Fritz Lindenmaier⁷⁷, tendo ainda como referente argumentativo a adequação, considera que, no quadro da disciplina dos seguros, importa ter em conta de entre as condições aquelas que são adequadas e dentro destas, se houver mais do que uma, eleger a causa próxima. Diz-nos o autor que, “em caso de múltiplas causas para um dano indivisível, a causa posterior é para considerar como a causa próxima quando ela ofereceu ao decurso dos acontecimentos a direção para a inevitabilidade do dano, mas não foi ela própria condicionada inevitavelmente por uma causa anterior. Se, no entanto, existir um nexos causal forçoso entre a causa anterior e a mais recente, então deve ser a primeira tida como causa próxima”. Assim, no quadro da causalidade adequada, “ficou certo que não é necessária uma relação forçosa entre a condição e o resultado”, sendo “suficiente o incremento da possibilidade de ocorrência do resultado”. No que à causa próxima tange, é necessário que a causa implique uma grave mudança no decurso real conducente ao dano. Daí a importância da inevitabilidade a que o autor se refere anteriormente⁷⁸.

A posição do autor não pode, contudo, ser aceite. Não só o critério se mostra imprestável, em termos gerais, como ele se revela

⁷⁷ 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), 3/4, 1950, 243 s. e 255

⁷⁸ Fritz LINDENMAIER, “Adäquate Ursache und nächste Ursache”, 258. Note-se que, tratando-se de um conceito causal mobilizado no domínio dos seguros, Lindenmaier questiona se o mesmo não será muito restritivo



em contradição com a ideia de simples influência em relação ao sinistro ou às suas consequências.

Também a doutrina do escopo da norma violada não se adapta à intencionalidade predicativa do problema que procuramos solucionar. A razão é simples: inexistente qualquer violação normativa. O que está em causa é a simples alocação do risco (e da sua concretização num sinistro) a uma dada esfera jurídica.

3.2.2. A adaptação da teoria das esferas de risco

As dificuldades sentidas a propósito da teoria do escopo da norma violada sentem-se, igualmente, quando mergulhamos numa perspetiva imputacional da causalidade que a concebemos como nexo de imputação. De facto, está aqui ausente uma qualquer conduta a partir da qual se possa edificar uma esfera de risco com fundamento ético-axiológico. Do mesmo modo, não poderemos, numa recondução à responsabilidade objetiva – com a qual alguns autores, aliás, estabelecem a aproximação relativamente aos seguros –, falar de uma esfera de responsabilidade/risco que resulte da assunção de uma atividade tida por arriscada e potenciadora de um qualquer benefício para o sujeito que a encabeça. Parece, assim, perder-se o sentido imputacional que nos é comunicado pela chamada à colação da personalidade livre e responsável.

Porém, aquilo a que se assiste, no seio de um contrato de seguro, é à assunção de uma esfera de risco que é desenhada a partir da autonomia privada dos sujeitos contraentes. O segurador, que nenhuma ligação material tinha ao risco contratado, avoca-o para si, recebendo, em contrapartida, um prémio monetário. O que se procura determinar, portanto, é se o sinistro ocorrido é ou não



concretização de um dos riscos contratados. A ligação que se pretende estabelecer será, assim, uma ligação funcional. O reconhecimento de que a esfera de risco assumida não pode senão dialogar com outras esferas de risco leva-nos a considerar necessário o cotejo de outras esferas. Repare-se que, ao contrário do que sucede no plano da responsabilidade civil, não é possível a este nível delimitar, ainda que em abstrato, os contornos das esferas a dialogar: é que, pelo mecanismo ínsito aos instrumentos securitários, um risco situado na esfera geral da vida poderá ser assumido pelo segurador. Por outro lado, falta-nos quer a tipificação legal (própria da responsabilidade objetiva), quer o desenho oferecido pelos contornos do dever concretamente violado. A esfera de risco assumida pelo segurador resulta do exercício da autonomia privada das partes, importando determinar se o sinistro que ocorre pode ou não ser visto, em termos funcionais, como concretização do risco assumido. Não se joga, aí, uma ideia de probabilidade, mas de possibilidade, pelo que se torna urgente, posteriormente, perceber, no cotejo com outras esferas de risco, se o dano deve ou não ser imputado a outra esfera.

No quadro do artigo 26º/4 DL nº72/2008, há duas esferas que necessariamente terão de ser cotejadas entre si: por um lado, a esfera de risco assumida pelo segurador, que é preenchida de acordo com o estipulado no contrato; por outro lado, a esfera de risco encabeçada pelo tomador do seguro. Ora, este, ao não comunicar o fator agravante do risco, avoca para si todos os sinistros (e consequentes danos) que por ele sejam influenciados. Dir-se-á, como critério orientador do decidente, que, em regra, o tomador do seguro/segurado suportará todas as consequências do sinistro que possa (em termos de possibilidade e não de probabilidade) ter



a sua origem no fator omitido ou inexatamente comunicado (e que se traduz numa forma de agravamento do dano). O segurador cobrirá, porém, o sinistro se o tomador do seguro vier provar qual foi a causa real do mesmo, esclarecendo que nenhuma relação teve com o fator agravador do risco.

Em tudo o que vai dito há diferenças assinaláveis relativamente à responsabilidade civil. Não obstante termos mobilizado a este nível, cremos que com benefícios dogmáticos claros, uma ideia de cotejo de esferas de risco, não está aqui em causa uma ideia de imputação diretamente associada ao sentido ético-axiológico da responsabilidade, de que a responsabilidade civil é expressão normativa. Mas isso não obsta a que, do modelo construído nessa outra sede, não possamos colher os critérios que se mostrem, igualmente, justificados por uma ideia de eficácia (enquanto categoria integrante da vigência, a par da validade) e com eles encontrar um modelo (não de imputação, mas) de alocação do risco. Com isto, estamos, no fundo, a reconhecer que, numa hipótese deste tipo, se vai para além do que é comum no âmbito securitário. Em regra, os problemas são aí resolvidos com facilidade. Como explicita Pedro Pais de Vasconcelos, em princípio, “só tem de verificar-se se o dano está coberto pela apólice (cobertura)”⁷⁹. Se, perante um determinado evento, o que releva é saber se o mesmo é ou não concretização do risco coberto; se, no caso dos seguros de responsabilidade civil, o debate acerca da imputação da lesão a uma esfera de risco/responsabilidade ocorre antes e para além da problemática do seguro, que só entra em cena depois de se determinar a responsabilidade do tomador do seguro/segurado

⁷⁹ Pedro Pais de VASCONCELOS, “Seguro de responsabilidade civil: o “dente” da responsabilidade civil ou a distribuição do risco”, no prelo.



(embora, posteriormente, se possam colocar importantes questões imputacionais, para efeitos de exercício do direito de regresso), nas hipóteses em análise torna-se fundamental operar a repartição do risco entre o segurador e o tomador do seguro, que chama para si uma parte da esfera de risco, fruto da não comunicação devida de um fator de incremento daquele. Nessa medida, embora despedido do sentido imputacional próprio da responsabilidade civil, o cotejo de esferas de risco afigura-se como o critério operativo mais consentâneo com a intencionalidade do problema.

Mafalda Miranda Barbosa



REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

www.revistadedireitocomercial.com
2018-01-15