

ANOTAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE DO COMITENTE E A RESPONSABILIDADE PELO RISCO NO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

[PUBLICADO INICIALMENTE EM RCEJ, 10 (2007)]

Raul Guichard
raulguichard@yahoo.es

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO E INDICAÇÃO DA SEQUÊNCIA

- 1. Objecto e método do presente trabalho*

II. ENQUADRAMENTO DA RESPONSABILIDADE DO COMITENTE

- 2. Apresentação do regime do art. 500.º do Código Civil: a responsabilidade do comitente como uma responsabilidade objectiva, extracontratual, por facto de outrem*
- 3. A responsabilidade do comitente como responsabilidade objectiva*
- 4. Antecedentes legislativos dessa solução*
- 5. Outras soluções ponderadas no Anteprojecto de Vaz Serra*
- 6. A responsabilidade do comitente como responsabilidade extracontratual. Breve confronto do regime do art. 500.º com o do art. 800.º do Código Civil*
- 7. A responsabilidade do comitente como responsabilidade por facto de outrem ou indirecta. A dupla imputação necessária*
- 8. A responsabilidade do comitente como "Haftungsausdehnung"*
- 9. Enunciação dos pressupostos da responsabilidade do comitente*
- 10. A existência de uma comissão. Necessidade de um vínculo de subordinação*
- 11. Um comissário "autónomo"?*
- 13. O "direito de escolha" do comitente*
- 14. A necessária causalidade entre a comissão e o dano*
- 15. Inserção do acto do comissário no exercício das suas funções*

16. *Actos dolosos do comissário*

17. *A responsabilidade do comissário como pressuposto da responsabilidade do comitente: responsabilidade deste quando aquele responda pelo risco?*

IV. RAZÃO DE SER OU FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJECTIVA DO COMITENTE

18. *Considerações sobre a responsabilidade pelo risco e o seu fundamento. A existência no direito português de um numerus clausus de hipóteses de responsabilidade pelo risco e a resistência à aplicação analógica dos singulares preceitos*

19. *A responsabilidade do comitente como uma responsabilidade pelo risco. Crítica*

20. *A diversidade das hipóteses de responsabilidade do comitente*

21. *Circunscrição do âmbito da nossa análise*

22. *O "risco da empresa" como eventual fundamento da responsabilidade do comitente*

23. *Uma ulterior objecção à inserção da responsabilidade do comitente na responsabilidade pelo risco*

24. *A introdução de uma cláusula geral da responsabilidade pelo risco: vantagens e objecções. O exemplo alemão*

25. *Os caminhos enveredados nos PETL, no Avant-projet suíço e no Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrecht*

26. *O direito de regresso do comitente: dificuldade de o conciliar com a fundamentação da responsabilidade na ideia de risco*

27. *Outros complementares ou adjuvantes fundamentos da responsabilidade objectiva do comitente: "função de garantia"*

28. *A necessidade de evitar a "evicção" da responsabilidade do comitente*

29. *A solução do direito alemão (§ 831 do BGB) de fazer responder o comitente com base em culpa presumida: dificuldades aí sentidas*

30. *A estrutura de outras formas de responsabilidade vicarial. Em especial, a hipótese do art. 491.º do Código Civil*

31. *Ainda o § 831 do BGB: a desenvolvimento que experimentou*

32. *A solução do direito austríaco*

I. INTRODUÇÃO E INDICAÇÃO DA SEQUÊNCIA

1. Constitui este estudo uma reflexão sobre o fundamento da responsabilidade do comitente no direito português (consagrada no art. 500.º do Código Civil, diploma a que doravante pertencem todas as normas legais citadas sem qualquer indicação). Para o efeito, firmam-se alguns elementos e noções gerais, a propósito do enquadramento de tal forma de responsabilidade. Nesse contexto, determos-nos na noção de imputação. Procuraremos fundamentar a responsabilidade do comitente. E enfrentaremos os problemas de regime mais relevantes. Na medida do possível, não se deixarão de referir traços “paralelos” ou “equivalentes” noutros ordenamentos jurídicos. O fio condutor das considerações seguintes é o de que a responsabilidade do comitente não constitui propriamente uma hipótese de responsabilidade pelo risco, melhor lhe calha a qualificação de responsabilidade objectiva. A essa luz, e considerando o seu fundamento (ou fundamentos), preconiza-se um entendimento restritivo do seu domínio de aplicação e dos respectivos pressupostos.

II. ENQUADRAMENTO DA RESPONSABILIDADE DO COMITENTE

2. Dispõe o art. 500.º, n.º 1, do Código Civil português: “[a]quele que encarrega outrem de qualquer comissão responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar, desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar”. O n.º 2 esclarece, no entanto, que “[a] responsabilidade do comitente só existe se o facto danoso for praticado pelo comissário, ainda que intencionalmente ou contra as instruções daquele, no exercício da função que lhe foi confiada”. E junta o n.º 3 que “[o] comitente que satisfizer a indemnização tem direito de exigir do comissário o reembolso de tudo quanto haja pago, excepto se houver culpa da sua parte; neste caso

será aplicável o disposto no n.º 2 do art. 497.º”.

Em face do preceito citado, e da sua inserção sistemática, aparece logo claro que a responsabilidade do comitente (do latim *commitens*, aquele que confia) é uma responsabilidade *objectiva, extracontratual* (ou delitual), *por facto de outrem*.

3. *Responsabilidade objectiva*, em primeiro lugar, porque não depende de culpa do comitente. Com efeito, o terceiro não tem de provar que o comitente não foi cuidadoso na escolha da pessoa do comissário (*culpa in eligendo*), na sua vigilância (*culpa in vigilando*) ou nas instruções que lhe deu (*culpa in instruendo*). Mais, o comitente não se exime de responsabilidade provando que efectivamente usou da diligência devida, como sucederia se se tratasse de uma mera presunção de culpa. Na relação externa, em face de terceiros lesados, a culpa do comitente, ou a ausência dela, mostra-se pois irrelevante. A única defesa possível do comitente consiste em impugnar o preenchimento da *facti species* delitual pelo comissário (na doutrina francesa diz-se, por isso, que a responsabilidade do comitente é “entière”).

Porém, na relação interna, entre aquele e o comissário, a culpa “reassume os seus direitos”. Não provada esta, o comitente, que houver satisfeito a indemnização, tem direito de exigir do comissário o reembolso de tudo quanto haja pago (art. 500.º, n.º 3; neste sentido, fala-se, em França, de uma responsabilidade “provisoire”). Havendo culpa do comitente e do comissário, a obrigação de indemnização reparte-se em função da gravidade relativa das respectivas culpas (art. 497.º, n.º 2, por força do art. 500.º, n.º 3).

Por fim, repare-se que, existindo culpa do comitente (na escolha, vigilância ou instrução do comissário), ele poderá responder (apenas ele ou ao lado do comissário, consoante se verifique ou não culpa deste) nos termos da responsabilidade por factos ilícitos.

4. A orientação do Código Civil de 1966, ao considerar a responsabilidade do comitente como objectiva, vale a pena assinalá-lo desde já, insere-se na linha de uma tradição jurídica relativamente sedimentada. Basta invocar aqui o pensamento de GUILHERME MOREIRA e de MANUEL DE ANDRADE, em face do art. 2380.º do Código de Seabra¹. Este último autor, reconhecendo embora que o preceito referido apenas pressupunha tal solução, mas não tinha chegado a enunciá-la *directis et apertis verbis*, mantinha o carácter objectivo, isto é, independente de culpa, da responsabilidade do comitente. Ancorado na lição do direito comparado, em face do art. 1384 do Code Civil (em especial na sua al. 5; note-se que o art. 1384² foi entretanto alterado na disposição referente à responsabilidade dos pais, al. 4, e passou a ser encarado pela jurisprudência, depois do arrêt Blieck, como exprimindo um princípio geral de responsabilidade vicarial estrita, sobretudo com base na al. 1) e do art. 2049 do Codice Civile³ (mas regime semelhante encontrava-se também nas legislações civis belga,

¹ Art. 2380.º

Pelos prejuizos causados por creados de servir, ou por quaesquer pessoas encarregadas de certos serviços ou commissões, no desempenho dos dictos serviços ou commissões, responderão os dictos creados ou pessoas solidariamente com seus amos ou committentes, salvo o regresso d'estes contra aqueles, quando houverem excedido as ordens e instrucções recebidas.

² Art. 1384

On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre. Ou des choses que l'on a sous sa garde.

(L. 7 nov. 1922) Toutefois, celui qui détient à un titre quelconque tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable vis-à-vis des tiers des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable. :

(L. 7 nov. 1922) Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du Code civil.

(L. n. 70-459, 4 juin 1970, art. 2 et 9) Le père et la mère, en tant qu'ils exercent le droit de garde, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.

Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés;

Les maîtres instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

(L. 5 avr. 1937) La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudentes ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées conformément au droit commun, par le demandeur à l'instance.

³ Art. 2049 *Responsabilità dei padroni e dei committenti*

I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti.

luxemburguesa e grega⁴), ponderava que, alargadas por meio do concurso de terceiros as potencialidades do comitente de satisfação dos próprios interesses, lhe devia corresponder, numa espécie de equilíbrio jurídico, a responsabilidade pelos danos provenientes da actuação do comitido. Juntava ainda que ela se baseava na ideia de risco, numa certa acepção do termo.

5. Contudo, nos trabalhos preparatórios da autoria de VAZ SERRA, ponderaram-se e propuseram-se outras soluções.

Quanto à responsabilidade do comitente, inspirando-se no direito alemão (§ 831 do BGB⁵), pretendeu-se fazê-la depender de culpa presumida. Com efeito, no direito tudesco (e o mesmo se passa, no essencial, no direito suíço, segundo o Art. 55 do Code des Obligations⁶), o comitente pode eximir-se da responsabilidade pelos actos do comissário, se conseguir provar que o escolheu bem, o instruiu de modo conveniente e o vigiou atentamente (ao contrário, no plano da responsabilidade contratual, no caso de utilização pelo devedor de auxiliares para o cumprimento da prestação, a imputação não carece de culpa daqueles; cfr. *infra*).

E era (ou é) também essa, note-se, a solução do direito espanhol – responsabilidade directa dependente de culpa presumida –, se

⁴ Ver, por exemplo, Art. 922 do Código grego.

E, actualmente, em embora em termos específicos que adiante se explicarão, pelo Arts. 6:170 e ss. do Burgerlijk Wetboek (Código Civil neerlandês, na versão resultante da reforma iniciada em 1970, doravante BW).

⁵ § 831 *Haftung für den Verrichtungsgehilfen*

(1) Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

(2) Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Absatz 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.

⁶ Art. 55

L'employeur est responsable du dommage causé par ses travailleurs ou ses autres auxiliaires dans l'accomplissement de leur travail, s'il ne prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire.

L'employeur a son recours contre la personne qui a causé le préjudice, en tant qu'elle est responsable du dommage.

tomarmos à letra o art. 1903, 6, do Código Civil espanhol⁷. Porém, a jurisprudência e a doutrina de há muito que “objectivaram” (falando-se de uma *responsabilidad cuasi-objetiva*) a responsabilidade aí prevista (nomeadamente no n.º 4, quanto ao “empresário” relativamente aos actos dos “dependentes”), lendo o referido preceito como se ele contivesse uma presunção não ilidível: o “empresário” apenas se pode defender alegando a ausência de culpa do “dependente”, a qual, por sua vez, segundo a jurisprudência, quase sempre se presume (cfr. ainda *infra*).

Retomando a proposta de VAZ SERRA, propugnava-se aí também pela dicotomia, confrontado o plano extracontratual com o contratual, de regimes do direito alemão. Indicando-se que na responsabilidade contratual o devedor deve suportar sempre o risco da utilização de um auxiliar: e isso, desde logo, pela simples razão de que o credor não deve ser colocado em pior posição do que se o devedor tivesse cumprido pessoalmente. E considerava-se “não ser aceitável” a solução italiana e francesa (e portuguesa, até então), quanto à responsabilidade do comitente.

Certo que não deixa o autor citado de entender que em alguns casos

⁷ Artículo 1902

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Artículo 1903

La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Artículo 1904

El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho.

Cuando se trate de centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño.

seria conveniente estender ao próprio comitente a responsabilidade pelo risco. Fosse para o domínio das “grandes ou médias empresas” ou de “comissão especialmente perigosa”. Fosse naquelas hipóteses, de acordo com o que sustentara HECK, onde concorram deveres com um conteúdo completamente determinado e previsível, cujo cumprimento será mais bem garantido através da responsabilidade pelo resultado. Como exemplo, referia-se o dever de limpeza dos passeios fronteiros às casas por parte dos respectivos proprietários, ponderando-se os efeitos que advêm para os eventuais lesados do facto de um tal serviço ser geralmente desempenhado por pessoas insolventes; o comitente, esse, liberar-se-á com facilidade provando a sua falta de culpa.

A decisão de assentar a responsabilidade do comitente em culpa sua (presumida) louva-a VAZ SERRA, quer com a irrazoabilidade de o fazer responder sem culpa (sendo esta de um modo geral pressuposto da responsabilidade), quer com o facto de, de outro modo, o encargo da responsabilidade poder exceder em muito o proveito pensado ou esperado com a comissão.

Quanto à responsabilidade do comissário, o autor do anteprojecto até aventou excluí-la (e só admitir a do comitente). Não se tolheria, assim, a disponibilidade das pessoas para o exercício de serviços a outrem, pelo receio da responsabilidade, nem, por outro lado, se faria impender sobre o comitente um encargo desmesurado, na medida em que se abriria a este a possibilidade do regresso contra o comissário, na hipótese de dolo ou culpa grave por parte deste.

Nenhuma destas propostas (nem a do “duplo regime”, nem a da isenção do comissário de responsabilidade) viria porém a prevalecer.

6. Como já se afirmou, a responsabilidade do comitente, no âmbito do art. 500.º, situa-se (assim o prova logo a sua inserção sistemática) dentro da *responsabilidade extracontratual* (ou *extra-obrigacional*: o dever geral de *neminem laedere* não representa em si

– mas já o representará a sua violação – uma obrigação em sentido técnico).

De resto, no domínio da responsabilidade contratual, surge-nos, como seu “equivalente funcional”, o art. 800.º, n.º 1, nos termos do qual o devedor responde por actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação “como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor”.

A simples comparação dos termos do art. 500.º com os do art. 800.º revela várias diferenças com significado a nível de regime.

O que, não se resiste a observar *a latere*, dá razão a quem como D. MEDICUS, na Alemanha, previne que a mera instituição de uma responsabilidade objectiva do comitente em substituição do § 831 BGB (e como existe em Portugal, segundo o art. 500.º) não dirimiria automaticamente todas as dissemelhanças em relação ao § 278 do BGB⁸ (o que, aliás, é também observável quando se confronta o Art. 6:102 dos PETL – Principles of European Tort Law, da autoria do European Group on Tort Law⁹ –, que prevê uma responsabilidade vicarial objectiva no domínio delitual, e o Art. 8:107 dos PECL – Principles of European Contract Law, da autoria da Commission on European Contract Law¹⁰).

No art. 500.º mostra-se necessário, como veremos melhor adiante, que o comissário seja responsável, “repercutindo-se” depois a responsabilidade no comitente. Diferentemente, o art. 800.º imputa directamente a conduta do auxiliar ao devedor, “ficcional” mesmo que a actuação daquele, no âmbito do cumprimento, é deste, estando em causa a violação de um dever (obligacional) deste último.

⁸ § 278 *Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte*

Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 3 findet keine Anwendung.

⁹ Art. 6:102 *Liability for Auxiliaries*

(1) A person is liable for damage caused by his auxiliaries acting within the scope of their functions provided that they violated the required standard of conduct.

(2) An independent contractor is not regarded as an auxiliary for the purposes of this Article.

¹⁰ Article 8:107 *Performance Entrusted to Another*

A party who entrusts performance of the contract to another person remains responsible for performance.

Conforme atrás se referiu quando expusemos o pensamento de VAZ SERRA plasmado nos trabalhos preparatórios, o credor não deve ser colocado numa posição pior do que aquela em que estaria se o devedor cumprisse pessoalmente; e, o credor não pode, em princípio, recusar a prestação se esta não é realizada pelo devedor mas por terceiro (cfr. art. 767.º). Acresce, e é porventura o mais importante, a circunstância de que foi na pessoa do devedor que o credor confiou, expondo-se à “intromissão” daquele na sua esfera; e ao devedor foi assim aberta a possibilidade de um eventual “ganho” ou “remuneração”. Por outro lado, ao servir-se de um auxiliar, este amplia as suas possibilidades de actuação, potencia porventura os lucros esperados, devendo, por isso, suportar os riscos inerentes a tal vantagem. E é ele que está ainda em melhor situação para controlar a actividade do auxiliar. Demais, este terá, por vezes, um património diminuto. Tudo aspectos – sobejamente conhecidos para que nos seja possível invocá-los em jeito de simples tópicos – capazes de justificar a responsabilidade do credor (independendo de requisitos ulteriores) por actos dos auxiliares de que se sirva no cumprimento de uma obrigação.

No confronto do art. 800.º com o art. 500.º emerge ainda outra diferença importante, que adiante explanaremos. Mas desde já se antecipa que, enquanto o art. 500.º supõe uma relação de comissão e, portanto, no entendimento mais generalizado, um vínculo de subordinação, a mesma não tem de existir entre o auxiliar e o devedor. Ao vínculo de subordinação cabe na responsabilidade do comitente, como veremos, antes de tudo o imprescindível papel de estabelecer ou manifestar a “pertinência” da actividade do comissário à esfera daquele (e da respectiva actividade ao seu interesse), e portanto delimitar o âmbito de imputação da actividade alheia. Na responsabilidade contratual, o vínculo creditício e a inserção voluntária (“Einschaltung”) do auxiliar pelo devedor nesse contexto (“pessoas *que utilize* para o cumprimento da obrigação”, diz o art. 800.º, n.º 1; ver a fórmula semelhante do § 278 BGB: “Personen, deren er sich zur

Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient”) já preenchem função correspondente.

A divergência apontada traduz uma de várias subsistentes no direito português entre o regime da responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual. Ao lado desta, assinalar-se-á ainda a presunção de culpa que, em termos gerais, impende sobre o devedor, a quem cabe provar, nos termos do art. 799.º, n.º 1, que o incumprimento não procede de culpa sua, diferentemente do que sucede na responsabilidade extracontratual onde, salvo recaindo presunção de culpa sobre o lesante, ao lesado cabe a prova da culpa daquele. E a não ressarcibilidade (ou, quando menos, o carácter limitado de tal tutela) em sede de responsabilidade extracontratual dos danos patrimoniais puros. Diferentes são também os prazos prescricionais no domínio das duas formas de responsabilidade (cfr. art. 498.º e arts. 309.º e ss.). No caso de pluralidade de responsáveis, o regime-regra é, na responsabilidade extracontratual, o da solidariedade, ao invés do que sucede na contratual (cfr. arts. 497.º e 513.º). Também a graduação da responsabilidade, havendo mera culpa, prevista para a responsabilidade extracontratual (no art. 494.º), não se julga extensível à responsabilidade contratual.

Tudo isto é chamado à colação nos casos de concurso de responsabilidade contratual e extracontratual. Podendo mesmo intervir o art. 800.º e/ou o art. 500.º. Haja em vista o seguinte exemplo figurado por W. FIKENTSCHER: o cirurgião serve-se durante a operação de um seu estagiário, o qual não procede *lege artis*.

7. A responsabilidade do comitente é, por fim, uma *responsabilidade por facto de outrem* ou *indirecta*, já que ele não responde por um facto próprio, mas por um facto do comissário. Imputar-se-á, pois, a certa pessoa o facto danoso de outra (cfr. *infra*). Mais, a responsabilidade do comitente depende da responsabilidade do comissário. O que implica ter a primeira como condição necessária a segunda, só

existir recaindo sobre o comissário (também) a obrigação de indenizar (art. 500.º, n.º 1, *in fine*). Mas o carácter indirecto da responsabilidade não se confunde, é óbvio, com a sua natureza objectiva: bem possível era fazer responder o comitente, independentemente de culpa, sem interessar a verificação da obrigação de indemnizar do comissário (de resto, viável mostra-se também uma responsabilidade pelo risco assente num facto de terceiro, mas que constitua, a bem ver as coisas, uma responsabilidade directa, enquanto a lei a impõe tendo em vista o nexo entre o risco, concretizado nos danos, e a esfera do sujeito responsável; cfr. ainda *infra*).

Sendo a responsabilidade do comissário logicamente prévia, na sua afirmação não intervirão, por via de regra, “valorações” que com a pessoa do comitente se prendam. Vale dizer que o facto danoso se avalia, mormente quanto à sua ilicitude e carácter culposos, por referência à pessoa do comissário. Demais, os “meios de defesa” do comissário – causas de exclusão da ilicitude na sua pessoa, inimizabilidade (repare-se, porém, que a escolha de um comissário inimizável torna geralmente o comitente responsável por culpa; mas a responsabilidade do comitente, nessa qualidade, no caso de o inimizável responder por motivo de equidade, segundo o art. 489.º, suscita dúvidas), conculpabilidade do lesado, limites de responsabilidade (se os houver, o que é raro no domínio da responsabilidade por culpa), etc. – serão oponíveis ao terceiro também pelo comitente.

Temos, pois, que percorrer dois “patamares” ou “degraus” de imputação (de “dupla imputação” também se fala) para afirmar a responsabilidade do comitente: a imputação do dano ao comissário e uma subsequente imputação ao comitente. E os critérios ou títulos de imputação para cada um são distintos (assim como, claro, são diferentes as normas que fundamentam a responsabilidade).

Mas o que vem de se sustentar carece de ser entendido habilmente. Desde logo, pode adiantar-se que não se revela imprescindível, segundo entendimento firmado na jurisprudência, identificar concre-

tamente o comissário que causou o dano: numa decisão muitas vezes citada, tendo um dos trabalhadores, sem que se possa dizer qual foi, deixado cair de um andaime uma tábua que fere um transeunte, a entidade patronal responde nos termos do art. 500.º. Por outro lado, é muito duvidoso se ao comitente aproveitará a atenuação equitativa de responsabilidade prevista para o comissário, por exemplo, em razão de ter ele agido com mera culpa, e em atenção à sua situação económica. E também se perguntará se circunstâncias atinentes ao comissário, mas extrapolando da concreta tarefa que lhe foi cometida, que acaso excluam ou agravem a sua responsabilidade, se devem repercutir na responsabilidade do comitente. A “medida” das responsabilidades (do comitente e do comissário) poderá, pois, não coincidir. E também na avaliação do facto danoso não será viável abstrair totalmente da pessoa do comitente: suponha-se que o comissário actuou no exercício de um direito do comitente, excluindo isso a ilicitude do seu comportamento.

8. Chegados aqui, acentuar-se-á que a responsabilidade do comitente não se substitui à do comissário, antes se lhe adiciona – sem prejuízo do facto (primário) gerador da responsabilidade ser único. Embora a título diverso, ambos vêm porventura a responder, e solidariamente (alguns autores preferem falar de obrigação *in solidum*, ou de solidariedade imperfeita, atendendo quer ao diverso “título de responsabilidade”, quer ao facto, aliás com o anterior relacionado, de que o comitente “inocente” dispõe de um direito de regresso total em relação ao comissário).

Estamos, pois, na terminologia de H. C. WESTERMANN, perante uma “extensão da responsabilidade”, uma *Haftungsausdehnung*. E não em face de uma “transmissão” ou “translação” da responsabilidade, uma *Haftungsübertragung*. Para esta última pode servir de exemplo, no direito português, a responsabilidade do Estado no domínio dos actos de gestão pública ilícitos praticados pelos titulares de um órgão e

agentes administrativos dentro das suas funções, tendo estes procedido negligentemente, nos termos do art. 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48051, de 21/11/1967. Aliás, ocorre notar ainda que tal “translação” da responsabilidade associada à desoneração do sujeito que causou o dano, pode operar, quer simultaneamente no plano externo e no interno – como, mantendo-nos no exemplo, sucederá quando o agente actue com culpa leve –, quer apenas no plano externo mas já não no interno – se, no caso, o agente tiver actuado com culpa grave, mas não com dolo, como decorre do n.º 2 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 48051, de 21/11/1967, que somente prevê um direito de regresso do Estado se aquele houver procedido “com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se achava obrigado em razão do cargo”.

Concretamente, e tornando ao regime do art. 500.º, do ponto de vista do lesado, a “extensão da responsabilidade” significa que este dispõe de uma dupla pretensão: uma pretensão contra o comissário e uma pretensão contra o comitente. E se se quiser qualificar esta última como acessória, logo tem de se acrescentar que ela é susceptível de ser feita valer independentemente do exercício daquela outra. Em síntese, o lesado pode agir contra o comissário, contra o comitente – note-se que a acção que condene apenas o comitente verifica *incidenter* a responsabilidade do comissário pelo que não constitui caso julgado em relação a este, não presente como parte no processo –, ou contra ambos simultaneamente.

Nestes termos, assentar-se-á em que a responsabilidade do comitente se traduz, num plano prático, numa garantia de solvabilidade do responsável perante o lesado. Este, ao lado do património do lesante ou comissário, que por vezes não terá os meios necessários para indemnizar, pode ainda agredir o património, por via de regra mais avultado, do comitente (“deep pocket argument”). Nesta perspectiva, o risco da insuficiência ou insolvabilidade do património do comissário suporta-o o comitente e não o lesado.

III. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE DO COMITENTE

9. Desenhada a posição de princípio do ordenamento português, impõe-se considerar agora mais de perto os pressupostos de que depende a responsabilidade do comitente.

Os quais se podem enunciar assim (nos exactos termos em que os referiu o Supremo Tribunal de Justiça): existência de uma relação de comissão (vínculo entre o comitente e o comissário); prática de factos danosos no exercício da função; e responsabilidade do comissário.

10. Em primeiro lugar, conforme a própria lei (art. 500.º, n.º 2, *in fine*) determina, a responsabilidade advém de certa pessoa ter encarregado outra de uma comissão. É preciso, portanto, que uma comissão tenha sido deferida a alguém. Importa então delimitar o conceito de comissão e apurar qual a relação que há-de existir entre o comitente e o comissário.

A primeira observação devida é a de que a expressão comissão não assume aqui um sentido específico ou técnico correspondente ao do art. 266.º do Código Comercial, onde se lê: “[d]á-se contrato de comissão quando o mandatário executa o mandato mercantil sem menção ou alusão algumas ao mandante, contratando por si e em seu nome, como principal e único contraente”. Por isso, para evitar qualquer equívoco, há quem, seguindo o exemplo da doutrina francesa, prefira falar em “preposição”.

Por comissão, para efeito do art. 500.º, entende-se geralmente um serviço, tarefa ou função de qualquer natureza realizada no interesse e por conta de outrem. Como se reconhece, pode tratar-se indiferentemente de uma actividade *material* ou *jurídica*, *manual* ou *intelectual*, *gratuita* ou *onerosa*, *de facto* ou *de direito*, *de espécie superior* ou *inferior*, *transitória* ou *permanente*. Não há, em princípio, qualquer

razão para distinguir.

O vínculo de comissão tem, aliás, natureza jurídica autónoma (constituirá um acto voluntário não negocial; pode, porém, um incapaz de exercício instituí-lo de modo válido?), não estando designadamente dependente da existência de um negócio, muito menos de um determinado ou típico contrato. O vizinho que me ajuda obsequiosamente na pintura da minha casa será considerado meu comissário. E, num outro exemplo, tirado dos tribunais franceses, um clube desportivo será responsável pelos danos que o jogador amador inflija ao adversário. Não sendo um elemento necessário, o mais frequente é porém que exista tal vínculo contratual (laboral, nos termos de um mandato, etc.).

Essencial mostra-se ser a actividade ou serviço realizado por conta e sob a direcção de alguém (comitente). “Ser alguém encarregado de uma comissão”, como diz a lei, significa pois *agir, realmente, por conta e sob a direcção de outrem*.

O que aponta, como melhor veremos à frente, para a razão de ser da responsabilidade do comitente (ou, pelo menos, para a justificação de que ela esteja ausente ou excluída em certas hipóteses). Uma responsabilidade objectiva dificilmente se conceberia se não existisse uma *relação de autoridade* (exprimindo-se num poder de controlo, vigilância e direcção), ou seja, sem a correlativa subordinação do comissário (que já não tem de estar presente, ocorre reiterá-lo, no caso do art. 800.º). Como afirmou o Supremo Tribunal de Justiça, a comissão caracteriza-se “[...] por uma relação de subordinação ou dependência do comissário para com o comitente que autorize este a dar ordens ou instruções àquele”.

Bem claro, a este propósito, é o Art. 6:170, 1, segunda parte, do Burgerlijk Wetboek – Código Civil neerlandês –, que para além de se referir ao “comissário” como “subordinado”, alude expressamente ao poder do “comitente” de controlar a conduta daquele, nos termos da relação jurídica que os liga.

Mas mais elucidativo é que na doutrina e na jurisprudência alemãs se mantenha igual exigência, perante o § 831 BGB. Assinalando-se que nem toda a “suscitação” de actividade de outrem constitui uma *Bestellung eines Verrichtungsgehilfe*. O comitente haverá de poder interferir na actividade do preposto. Importando sempre, por conseguinte, a possibilidade “fáctica” de o comitente influenciar ou dirigir o comportamento do comitado (de uma “tatsächliche Steuerungsmöglichkeit” falam os autores alemães). O que se verificará podendo aquele instruir este em relação aos detalhes da sua actividade ou, pelo menos, podendo a todo o tempo retirar-lhe ou restringir-lhe a “competência” para agir. Como ainda indica H. WESTERMANN: “Diese Begriffsbestimmung trägt dem Wesen der mittelbaren Verschuldenshaftung Rechnung: Sie sorgt dafür, dass § 831 auf die Fälle beschränkt bleibt, in denen der Geschäftsherr mittels seiner Einwirkungsmöglichkeit, mittelbar Handelnder’ ist”.

Este afigura-se um ponto nodal para reconhecer a relação de comissão. E, simultaneamente, para identificar o comitente, que será quem possui efectivamente o poder de direcção. Figuremos um exemplo: a casa de saúde geralmente será encarada como comitente da enfermeira, mas durante uma operação cirúrgica, subordinada ela às instruções do médico, que detém o poder efectivo de direcção sobre a sua actividade, comitente será (eventualmente ao lado da casa de saúde) este. Assim, também se alguém coloca um seu trabalhador à disposição de terceiro, ter-se-á por responsável, por regra, quem no momento da prática do facto danoso tinha autoridade e direcção (casos haverá onde ambos devem ser considerados comitentes).

Demais, a existência da comissão implica, de alguma maneira, que a actividade do comissário se exerça no *interesse (ou benefício) do comitente* (mas a responsabilidade não estará excluída se este se propõe um fim filantrópico ou altruísta) – elemento normalmente associado ao poder de direcção.

11. Como é reconhecido, no domínio da responsabilidade extracontratual, onde estão em causa deveres de carácter genérico, inexistindo qualquer vínculo específico prévio entre os sujeitos envolvidos, tal requisito – poder de instruções e de controlo e correspondente subordinação (na doutrina e jurisprudência alemãs também dito, embora de modo equívoco, “dependência social”) – mostra-se indispensável para assegurar a “pertinência” do comissário à esfera do comitente (tem, nessa acepção, uma “função charneira”). Obviamente que este não tem de responder pelos actos que o “comissário” realize como sujeito autónomo e independente. Nem a ideia muito geral ou difusa de um “interesse na actuação” (a que, em alternativa, recorre por exemplo a jurisprudência francesa) é capaz aqui de cumprir totalmente tal função: uma actuação pode ser levada a cabo no interesse de muitos (de modo distinto se passam as coisas no caso dos auxiliares utilizados no cumprimento de uma obrigação).

Assim, um empresário autónomo que age para outrem não será, por norma, um comissário (conquanto isso não impeça que seja tido como um auxiliar do devedor se este o utiliza no cumprimento). Nesse sentido dispõe expressamente o Art. 6:102(2) dos PETL: “An independent contractor is not regard as an auxiliary for the purpose of this Article”. E o § 1306 (3) do recente projecto para reforma do direito austríaco em matéria delitual (*Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrecht*, apresentada pela Forschungsstelle für Europäisches Schadenersatz der Österreichischen Akademie der Wissenschaft): “Wer eine Tätigkeit zur selbstständigen Durchführung übernimmt, ist kein Besorgungsgehilfe. Der Geschäftsherr haftet nur, wenn er ihn nicht sorgfältig ausgewählt oder nicht ausreichend überwacht hat” (no § 1306 (5) prevê-se todavia a responsabilidade do *dominus* pelas actuações daqueles que, no seu domínio de actividade, exerçam funções de direcção com competência autónoma de decisão e de dar instruções).

12. Sendo certo, como atrás se mencionou, que a existência ou “qualificação” contratual da relação interna não se mostra decisiva para a existência de uma comissão, muitas vezes dos termos do contrato que une dois sujeitos já se inferirá a necessária relação de autoridade. Esta só muito excepcionalmente poderá faltar, por exemplo, num contrato de trabalho (a “hipótese aplicativa mais segura e recorrente da relação de comissão”; demais, notar-se-á que muitas das questões postas à volta do entendimento do âmbito e termos de aplicação da responsabilidade do comitente, de que nos iremos ocupando, de algum modo só assumem proporções relevantes no caso de uma relação com carácter relativamente duradouro e não apenas ocasional ou pontual, isto é, circunscrita à prática de um concreto e “limitado” acto), o qual, justamente, implica a subordinação do trabalhador.

Contudo, não é líquido – dentro de uma tendência restritiva da responsabilidade (objectiva) do comitente, que julgamos adequada, e que procuraremos justificar – consistir a necessária relação de subordinação num mero poder genérico de direcção. Demasiado longe irá, em todo o caso, quem, como VON BAR, considera um indício suficiente da existência de subordinação a faculdade detida pelo *dominus* de determinar o horário e local de trabalho de quem executa a tarefa. Diz-se que, se desse modo não fosse, o comitente poderia muitas vezes furtar-se à responsabilidade. Haja em vista as situações, julgadas na França e na Bélgica, em que um médico ou um farmacêutico pretendem não responder pelos seus auxiliares, não sendo estes capazes, por falta de conhecimentos técnicos necessários, de entender instruções concretas. Mas sempre se questionará se, nos exemplos dados, não estará antes em causa uma *culpa in eligendo* quando tais conhecimentos se mostrem necessários para o desempenho da função cometida.

Entre nós, RUI DE ALARCÃO defende ter de existir um poder de dar ordens, instruções e directrizes precisas sobre a finalidade e a maneira de executar a tarefa (directrizes, ademais, modificáveis a todo o

tempo), o qual normalmente (“por definição”) acompanha uma relação laboral (mesmo que ao trabalhador seja deixado certo espaço de iniciativa).

Ao invés, por norma, um vínculo de subordinação estará ausente no contrato de empreitada (que, justamente, quanto a esse aspecto, se opõe ao contrato de trabalho): o direito de fiscalizar a obra do dono desta não constitui uma verdadeira “direcção”. Assim como não ocorrerá na generalidade dos contratos de prestação de serviço (aquele que efectua o serviço tem, as mais das vezes, o domínio ou o poder de determinação sobre o modo de execução). O taxista, por exemplo, não será comissário do cliente.

Assinala ainda o autor antes citado que algumas profissões são normalmente consideradas incompatíveis com a qualidade de comissários dos seus membros, porque a lei ou os usos lhes impõem um dever de independência: haja em vista os médicos (face aos doentes; mas não porventura em relação à casa de saúde onde exercem – de algum modo, como apontam, K. LARENZ / C.-W. CANARIS, é já de questionar se o médico não surge aí como um “órgão” da pessoa colectiva – ou em relação a outros médicos), os advogados (perante os clientes) e, por maioria de razão, os juízes (e ainda os árbitros e peritos judiciais – logo por força do seu dever de imparcialidade).

Contudo, em tudo isto será decisiva a existência (em concreto, nas circunstâncias) *de facto* de tal dependência, mesmo que o “molde” da relação contratual sugira o contrário. E, na ausência de um vínculo contratual ou jurídico entre o comitente e o comissário, mais premente se torna tal averiguação. Num exemplo colhido no direito alemão, deparar-se-á com tal autoridade, de facto, se durante um parto, de início assistido por uma parteira, intervém posteriormente um médico.

Quando a relação entre duas pessoas as coloque num “pé de igualdade”, não se verificará em princípio a relação autoridade e, consequentemente, uma comissão (cfr. ainda *infra*). Por via de regra, uma

“empresa autónoma” que presta serviços a alguém não será encarada como comissário deste. Desde logo, faz-se aqui sentir a necessidade de delimitar a responsabilidade por actos de outrem. Doutro modo, na sociedade moderna, assente numa intensiva divisão de trabalho e especialização, em que todos dependem e recorrem aos serviços dos demais, a responsabilidade do comitente assumiria uma extensão e proporções intoleráveis. Mas, para além deste ponto de vista de razoabilidade, avultam outras ordens de considerações. Com efeito, a “empresa autónoma” retira ela própria da sua actividade as inerentes vantagens, devendo pois ser ela a suportar os riscos (e os custos a estes associados) envolvidos. Encontra-se também em melhores condições que os clientes para avaliar, prevenir e, acaso, segurar aqueles. E a capacidade de o cliente controlar a actividade desenvolvida está, as mais das vezes, afastada ou revelar-se-á muito ténue.

No entanto, pode ponderar-se se, perante circunstâncias especiais ou atípicas, indiciadas por exemplo pela duração da relação e pelo grau de dependência económica, o entendimento exposto não carece de ser atenuado. Não se admitirá, aliás, que o “comitente” possa, sem mais, “deslocalizar” ou “transferir” a sua responsabilidade para outras pessoas, utilizando os serviços destas.

De resto, em termos gerais, como indicam K. LARENZ E C.-W. CANARIS, quanto mais intensa ou “íntima” a inserção do comissário na esfera de actividade do comitente, menos forte terá de ser, para justificar a afirmação de uma relação de comissão, o poder de direcção; e quanto mais lassa aquela, mais forte deve ser este.

13. Mas suporá a relação de comissão que o comitente escolha (livremente) o comissário? Por regra, ao poder de direcção anda ligada a liberdade de escolha ou selecção, contudo nem sempre assim sucede.

No direito francês, entende-se mesmo não ser preciso que o comissário tenha sido escolhido pelo comitente. Na verdade, como referem.

M. PLANIOL / G. RIPERT / P. ESMEIN, se as decisões dos tribunais franceses não afirmaram nunca que o direito de escolha seja um direito inútil, e se invocam até muitas vezes esse direito para a fundamentação da responsabilidade do comitente, certo é também que julgam que a escolha não constitui razão necessária dela. E fornecem os mesmos autores os seguintes exemplos: a cidade de Paris foi considerada responsável por facto de um agente da polícia não escolhido pelo Município; um tesoureiro-geral havido por responsável pelo facto do seu empregado; um armador, pela actuação de um piloto de barra a quem nas circunstâncias tinha de recorrer obrigatoriamente.

Ao invés, no direito italiano, preconiza-se não dever o comitente ser responsável se provar que não escolheu o preposto ou não o fez livremente. E isso porque, afirma-se, a pessoa que causou o dano não é nesse caso, verdadeiramente, seu comitado.

Na doutrina portuguesa, as opiniões dividem-se. Na tese que adoptamos, o que se encarará como decisivo não será propriamente a escolha. Mas antes a circunstância de alguém anuir a dirigir e dar ordens a uma pessoa escolhida por outrem, ou seja, a aceitação voluntária de tais serviços. Quando a sua utilização for imposta, não haverá comissão. Esta terá de ser deferida por vontade ou pelo menos com a anuência ainda que tácita do comitente (portanto, a vontade do comissário ou de terceiro não basta).

Nestes termos, poderá existir uma relação de comissão entre o polícia escolhido pela corporação e a autarquia às ordens da qual ele presta serviço. Eventualmente, entre o médico e a casa de saúde ou o industrial que utilizam os seus serviços. E entre alguém e o trabalhador na sua dependência, mas cedido temporariamente pelo seu patrão habitual para o desempenho de uma tarefa daquele.

14. Importa considerar, neste contexto, que a incumbência da comissão tem de ser causal para o dano. Eventualmente, semelhante requisito tende a “consumir-se” naquele que de seguida analisaremos

– dever o facto danoso ser praticado no âmbito das funções do comissário.

Mas os dois aspectos, o da causalidade entre a comissão e o dano e o da inserção do facto danoso dentro da actividade cometida, deixam-se bem separar. Num exemplo retirado de W. FIKENTSCHER, cuja solução no entanto não se afigura líquida, faltará tal nexo de causalidade (adequada) se alguém para assaltar a casa de outrem se faz contratar pela empresa de águas para “ler” os contadores. De um modo geral, um acto danoso poderá inserir-se nas funções (*rectius*, no quadro geral destas) do comitente e não haver um nexo de causalidade adequada entre a comissão e o dano: o motorista da empresa ao entregar as mercadorias depara com um seu inimigo ou rival e atropela-o. E, inversamente, o acto pode ter sido realizado meramente por ocasião das funções e o dano dizer-se causado (adequadamente) pela comissão: o empregado do banco que furta o cartão de crédito de que o cliente se serve.

15. Como acabámos de referir, a lei (art. 500.º, n.º 2, parte final) exige de modo expresso que o facto danoso haja sido praticado no exercício da função confiada ao comissário.

Reconhecidamente, não se pretende com tal requisito, significar que a actividade cometida deva consistir na realização de tal acto ou tais actos danosos (a própria lei refere que pode estar em causa um facto doloso ou exorbitante das instruções recebidas). Estes é, bom de ver, dado o seu carácter ilícito, por regra extrapolam ou “evadem-se” da tarefa do comitente, constituindo um “abuso das funções” do preposto.

Para além deste aspecto, cujo desenvolvimento deixamos por ora de remissa, deparamos, na delimitação daquilo que se insere no exercício das funções cometidas e do que o ultrapassa, com algumas discrepâncias de entendimento na doutrina e na jurisprudência portuguesas. Que não diferem muito das divergências (porventura mais

acentuadas) assumidas noutras ordens jurídicas onde existem expressões legais similares.

Assim, a título de exemplo, e deixando por ora de fora o direito alemão, que adiante melhor referiremos, o art. 1384, 5, do Code Civil francês, fala em os danos serem causados “dans les fonctions auxquelles ils [scl., “les maîtres e les commettants”] les [scl., “leurs domestiques et préposés”] ont employés”. Por sua vez, o art. 2049 do Codice Civile italiano, refere-se aos factos danosos cometidos “nell’esercizio delle incombenza”. O Art. 55 do Code des Obligations suíço requer que o dano tenha sido “causé dans l’accomplissement de leur travail” (em moldes semelhantes, o *Avant-projet de loi fédérale – Révision et unification du droit de la responsabilité civile* –, da autoria de P. WIDMER e P. Wessner, refere-se no Art. 49 ao dano “causé [...] dans l’accomplissement de sa tâche”). No Art. 6:170, 1, do Burgerlijk Wetboek¹¹ – Código Civil neerlandês –, toma-se como ponto de referência a elevação do risco de que o facto ilícito danoso ocorra através da função ou dos deveres atribuídos ao *ondergeschikte* (a doutrina fala de uma relação funcional entre o acto deste e a sua “incumbência”); todavia, quando a actividade do *ondergeschikte* se situar fora do domínio profissional ou círculo de negócios da pessoa a cujo serviço se encontra, o Art. 6:170, 2, exige, que ele aja, ao cometer o facto danoso, na realização da tarefa ou deveres de que foi incumbido (a intenção do *ondergeschikte* tem se ser servir o *dominus*). O Art. 6:102(1) dos PETL acentua que os danos hão-de ser

¹¹ Artikel 6:170

1. Voor schade, aan een derde toegebracht door een fout van een ondergeschikte, is degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult aansprakelijk, indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst hij stond, uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen.

2. Stond de ondergeschikte in dienst van een natuurlijke persoon en was hij niet werkzaam voor een beroep of bedrijf van deze persoon, dan is deze slechts aansprakelijk, indien de ondergeschikte bij het begaan van de fout handelde ter vervulling van de hem opgedragen taak.

3. Zijn de ondergeschikte en degene in wiens dienst hij stond, beiden voor de schade aansprakelijk, dan behoeft de ondergeschikte in hun onderlinge verhouding niet in de schadevergoeding bij te dragen, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Uit de omstandigheden van het geval, mede gelet op de aard van hun verhouding, kan anders voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald.

causados pelos auxiliares “acting within the scope of their functions”. Já o art. 1903, 4, *in fine*, do Código Civil espanhol alude aos danos provocados pelos dependentes do empresário “con ocasión de sus funciones”, conquanto isso não tenha impedido a doutrina e jurisprudência de tentarem, de algum modo, circunscrever a “esfera de actuação” na qual os danos causados pelo comissário são susceptíveis de conduzir à responsabilidade do empresário.

Tomemos uns quantos exemplos. Claramente que o banco não responde pelas erradas informações que o seu empregado deu, fora do emprego, a um amigo sobre as tendências da bolsa. Tão-pouco a casa de saúde terá de indemnizar os danos que uma sua enfermeira tenha causado num restaurante durante a hora de almoço.

Mas a jurisprudência francesa faz responder o comitente mesmo quando o preposto só se aproveita das facilidades propiciadas pelas suas funções para praticar o facto danoso (no seu próprio interesse ou de terceiro): o homicídio por um guarda de caça durante uma caçada responsabilizará o empregador daquele. Bastando até, eventualmente, que o facto, que em si mesmo não constitui nem a realização do trabalho nem o exercício das funções, haja sido realizado na oficina ou atelier e, geralmente, no período temporal e no lugar em que o preposto exerce as suas funções.

Desde o *arrêt de l'Assemblée plénière da la Court de Cassation* de 19/5/1988, existe aliás um certo consenso no sentido de que para excluir a responsabilidade do *commettant* é necessário, cumulativamente, que o *préposé* tenha cometido o facto danoso fora das suas funções (*agissement hors des fonctions*; condição que, de então para cá, obliterou as demais, tendo tido de algum modo lugar um retorno às posições anteriores, sendo que com ela se requer que o acto seja realizado em circunstâncias que situem o preposto *hors du cadre objectif de ses fonctions*, numa apreciação que tomará por referência critérios temporais, de local, e atinentes aos meios utilizados), sem autorização (*absence d'autorisation*) daquele e prosseguindo um pro-

pósito ou finalidade que extrapole das suas atribuições (*acte étranger aux attributions*). Contudo a *Court de Cassation* atenua o rigor de tal orientação, pensada em função da protecção do lesado, atendendo à *croyance légitime* deste, isto é, para integrar o acto no quadro das funções do preposto exige que também essa tivesse sido a convicção legítima da vítima (“le bénéfice de l’article 1384, alinéa 5, du Code Civil se mérite”).

Deve ainda assinalar-se que, segundo orientação firmada no *arrêt de l’Assemblée plénière da la Court de Cassation* de 25/02/2000 – o caso Costedoat –, o preposto que aja “dans les limites de la mission que lui a été impartie par son commentant” não é, ele, responsável em face do terceiro, nem em via de regresso por parte do comitente. Tal “imunidade” (“importada” do que também vale para os funcionários públicos no domínio da “faute de service”) é porém afastada se aquele cometeu um crime (doloso). De resto, a responsabilidade pessoal do preposto era já anteriormente tida por “virtual” e estava até excluída legalmente em várias hipóteses (a “evicção” da sua responsabilidade corresponde porventura a uma explicação da responsabilidade do *commettant* com base na ideia de *risque-profit*, e “vive à sombra” da identificação do comitente com “empresa empregadora”). Na doutrina portuguesa, a formulação recorrente é a de que a actividade se tem de inserir no “quadro geral da competência” do preposto. O que, embora corresponda à fórmula usada em França, parece traduzir um entendimento mais restritivo, semelhante ao que se defende na Alemanha (perante os seguintes dizeres do § 831 I BGB: “in Ausführung der Verrichtung”). Com efeito, aí (no caso, também para o direito suíço) VON TUHR entende que não responsabilizarão o comitente danos causados “por ocasião” (actuações *ultra vires*) dos serviços do preposto, “sem haver, pois, com as suas funções mais do que uma relação incidental, externa, local, cronológica”, como sucederá, *v.g.*, se o operário tiver causado um incêndio por fumar enquanto trabalha ou o motorista se tiver aproveitado do automóvel

do seu patrão para dar um passeio e atropelado alguém; ou se o operário comete um roubo no apartamento onde trabalha.

Em termos semelhantes, por exemplo K. LARENZ (ilustrando a posição recorrentes doutrina alemã) afirma que a responsabilidade do comitente deve ser derivada do facto cometido pelo comissário precisamente (*gerade*) “no desempenho ou exercício das funções que lhe foram cometidas” (*in Ausführung*) e não por ocasião (“bei Gelegenheit”) delas, o que significa, em seu pensar, que fica pressuposta uma ligação intrínseca (*innerer Zusammenhang*) entre a acção danosa e o quadro de funções assumidas ou cometidas. Não bastaria uma ligação extrínseca, por exemplo, meramente temporal ou local. Destarte, se um operário, incumbido de reparar um telhado, deixar cair uma telha sobre um transeunte, ou se alguém encarregado de contratar com terceiro burlar este, em qualquer das situações, haverá responsabilidade do comitente. Mas se, no segundo caso, essa pessoa furtar o relógio ao terceiro, tal facto já será estranho à comissão e não dará lugar à mesma responsabilidade.

Ponto de partida, expõe por sua vez E. DEUTSCH, será o círculo de deveres do comissário (*Gehilfe*), havendo, depois, que inserir aí as actividades com aqueles relacionadas. Assim, se os trabalhadores encarregados da demolição de parte de um edifício, por engano, derubam também a outra parte desse edifício, ou se o guarda das obras atira com uma prancha de madeira às crianças que aí brincavam e atinge uma outra criança, tudo se passará ainda na execução da comissão. No entanto, o mesmo já não se dirá no caso de furto pelo empregado, na medida em que inexista da parte dele um especial dever de o impedir, ou na hipótese de um passeio com o carro da empresa, nem tão-pouco se quem pintava as paredes interiores de uma casa fere, a brincar com ele, o filho dos donos.

Vamos decisivamente por este (segundo) entendimento correspondente à teleologia da responsabilidade do comitente (cfr. *infra*). O nexó do facto ilícito com as funções do comissário deve ser “intrínse-

co” e directo. Não é suficiente uma simples relação indirecta, externa, puramente ocasional. Terá de haver uma “conexão causal adequada” (cfr., aliás, a fórmula do art. 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48051, de 21/11/1967: “no exercício das suas funções e por causa desse exercício”). Porventura, no direito português, a inserção do facto danoso na actividade cometida há-de interpretar-se ainda de maneira mais apertada (por comparação com o que se passa no direito alemão), pois a imputação do dano ao comitente é objectiva. Insinua-se, aliás, a ideia de que o comitente não deverá responder pelos factos danosos que não representem a concretização de qualquer risco acrescido pela utilização do comissário (K. LARENZ / C.-W. CANARIS; cfr. também o Art. 6:170, 1, do Burgerlijk Wetboek). Sempre que o comissário não aja, reconhecidamente, nessa qualidade, mas sim autonomamente ou no seu domínio e interesse privado, o dano extrapolará da comissão.

Nesta linha, RUI DE ALARCÃO toma como critério a finalidade da actividade do preposto, indicando haver que indagar, em concreto, no interesse de quem ele actuava aquando da prática do facto danoso: a prossecução do seu interesse próprio ou de outrem que não o comitente, excluirá a responsabilidade deste; se, porém, ainda ou simultaneamente, o seu interesse for prosseguido, o *dominus* responderá. A esta luz lê o mesmo autor o caso julgado pelo Tribunal da Relação de Lisboa, onde se entendeu que o comitente responde “[...] por atropelamento de que foi culpado o respectivo condutor, ainda que a condução se efectue em dia de folga deste, se sabia que ele usualmente levava o automóvel para lavar nesse dia, não se opondo eficazmente a tal procedimento”.

16. Já de início se assinalou incidir a aplicação do art. 500.º (as hipóteses de responsabilidade do comitente) precisamente naquelas situações onde o comissário realiza deficientemente as funções que lhe foram confiadas; e que, naturalmente, essa circunstância não

pode ser, em princípio, invocada para pretender que os actos danosos extrapolam da função do comissário a ponto de o comitente não ser responsável.

O que não suscita dúvidas se o comissário actuou negligentemente. Desta sorte, pelos danos causados pelo operário que por distração manuseia mal a máquina e fere um visitante da obra responde inequivocamente o empregador. Tão-pouco o facto de o comissário, condutor do camião da empresa, ter bebido antes de conduzir isenta o *dominus* de responsabilidade.

Mais problemáticas se mostram todavia as coisas quando o comissário actuou com dolo e até, eventualmente, cometeu um ilícito penal doloso. O art. 500.º, n.º 2, preceitua *expressis verbis*, já ficou referido, que a circunstância de o comissário ter praticado o facto danoso intencionalmente ou contra as instruções do comitente não isenta este de responsabilidade. Mas tal indicação da lei não significa, como é obvio, que caíam automaticamente no âmbito da comissão todos os actos dolosos praticados pelo comitente. Mais, a existência de dolo algumas vezes indicará tratar-se de actos apenas realizados por “ocasião”, sem uma conexão interna e causal com a actividade a levar a cabo pelo comissário.

Decerto que se propenderá para ainda fazer responder o comitente por “tentações típicas associadas à função” – um caso representativo é o do furto aquando de um transporte de “mudanças”. Com o que se incentivará a vigilância do comitente, mais premente em tais casos. Compare-se ainda a situação em que o empregado do banco furta a carteira ao cliente, ao passar por ele na fila junto ao balcão, com a hipótese de o empregado utilizar em seu proveito o dinheiro que lhe é entregue para depósito pelo cliente.

Mas, se o comissário, por exemplo, usa a sua actividade para se vingar de outrem, atropelando-o propositadamente, o acto extrapolará do círculo das suas funções. Assim, de um modo geral, quando se trate de actos violentos ou “excessivos”. A menos que a função de

que foi encarregue esteja precisamente relacionada com o uso da força (pense-se num “segurança” de uma discoteca). Na mesma linha de pensamento, também não se considerará, por regra, a entidade patronal responsável (enquanto comitente) pelo assédio sexual de um dos seus empregados.

17. Por fim, e como já frisámos, para que o comitente responda (objectivamente) mostra-se necessário que o comissário, por sua vez, seja responsável, que tenha designadamente procedido ilicitamente e com culpa (outro seria o caso se o comitente respondesse por culpa própria, hipótese em que bastaria o carácter ilícito do acto do comissário). Desta sorte, o terceiro lesado não terá direito a uma indemnização do comitente (com base na responsabilidade pelo risco) se o comissário actua com consentimento do terceiro ou no uso de um direito do próprio comitente ou, então, em quaisquer circunstâncias capazes de excluir a ilicitude.

Claro que isto é assim no direito português em face do art. 500.º, mas seria bem pensável, como já se referiu, que a lei estatuísse uma responsabilidade do comitente independente da responsabilidade do comissário. Solução concebível, e porventura até desejável em certos domínios. Pense-se, desde logo, nos danos causados pelo trabalhador, no âmbito da relação laboral, a terceiros, onde, *de iure condendo*, se deveria talvez isentar aquele de responsabilidade nos casos de culpa leve sua. E ainda, de um modo mais geral, e em parte numa relação de consumpção com as hipóteses anteriores, naquelas situações em que a responsabilidade do “comitente” seja verdadeiramente uma responsabilidade pelo risco, *v. g.* pelo “risco da empresa”, directamente imputada ao empresário, e em que portanto deixe de haver razão para nos atermos, num primeiro momento, à pessoa e à responsabilidade do “comissário”.

O essencial sobre isto já ficou exposto quando explicámos a “dupla imputação” necessária no âmbito da responsabilidade do comitente.

Um aspecto, bastante discutido na doutrina portuguesa, não ficou todavia aclarado. Trata-se de saber se o *dominus* também responde sendo o comissário, ele próprio, responsável a título de risco. No nosso entender, contudo, não devem existir aqui grandes hesitações (mais recentemente, em termos também peremptórios, MANUEL FRADA), sendo a resposta negativa: o comitente não responde em tais hipóteses, a responsabilidade deste, nessa qualidade, e a responsabilidade pelo risco do comissário excluem-se, por princípio (já não afirmaremos o mesmo quando a responsabilidade deste último se basear em culpa presumida).

Aliás, nos ordenamentos onde a responsabilidade do comitente se funda em culpa (presumida), por inobservância sua do dever de vigilância, à partida nem é exequível exigir ao comitente mais do que impedir o comissário de agir ilícita e culposamente o que precisamente não sucede na responsabilidade pelo risco (e, repete-se, aqui se comprova – para além, por exemplo, do problema da aplicação dos limites máximos indemnizatórios, geralmente só previstos para os casos de risco – que sempre subsiste alguma diferença entre a responsabilidade por culpa presumida ou mesmo ficcionada e a responsabilidade pelo risco).

Porém, sendo a responsabilidade do comitente configurada como uma responsabilidade objectiva, não valerá coisa muito diferente. A responsabilidade pelo risco envolvido em certa actividade ou na utilização de determinada coisa impende sobre aquele a quem aproveita essa actividade (cfr. *infra*) – do princípio da “Haftungskanalisation” fala-se a este propósito na doutrina alemã –, e nessa medida não deve ser suportada por outrem. Dito doutra maneira, que é o reverso da anterior, se alguém responde a título de risco então fá-lo no papel de sujeito autónomo e independente, papel incompatível com a qualidade de comissário.

De resto, no direito português, invocar-se-á um argumento literal (adjuvante), a favor da tese que aqui se defende, retirado do n.º 3 do

art. 500.º, onde, para excluir o direito de regresso do comitente, se utiliza a expressão “excepto se houver *também* culpa da sua parte” (itálico nosso).

Aquilo que pode suceder, mas constitui aplicação de ideia diferente, é que, desenvolvendo-se tal actividade também no interesse do comitente, e tendo este ainda parte no controle da fonte de risco, ele e o comissário sejam ambos, solidária ou proporcionalmente à utilidade e controle efectivo, responsáveis pelo risco. Atente-se na hipótese de o comissário utilizar, sem ser por indicação do comitente, um animal seu para realizar uma tarefa do comitente.

Também não haverá qualquer confusão com aquelas situações de responsabilidade pelo risco, em que o facto danoso é praticado por um sujeito distinto daquele a quem a lei impõe que suporte os danos, baseando-se a atribuição da responsabilidade, não na imputação de uma responsabilidade pelo risco de outrem (que aqui estará até arredada), nem sequer, propriamente, na imputação do comportamento alheio – embora de um espécie de imputação de facto de outrem ainda se possa porventura falar –, mas no ligame existente entre o risco concretizado nos danos e a esfera de determinado sujeito (como, em geral, ocorre na responsabilidade pelo risco quando o dano, ou a actividade que a ele conduz, é causado pelo próprio responsável). Assim ocorre, por exemplo, no art. 503.º, n.º 1, sendo o veículo pertencente ou detido pelo comitente conduzido por um comissário (alguma dificuldade levantará, como adverte MANUEL FRADA, a hipótese em que o veículo pertença ao comissário, pois aí parece não haver ninguém que responda pelos riscos próprios do veículo).

IV. RAZÃO DE SER OU FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJECTIVA DO COMITENTE

18. A justificação da solução legal que consagra uma responsabilidade

de objectiva do comitente há-de começar por procurar-se nos fundamentos gerais da “responsabilidade pelo risco”. Impõe-se, por isso, a este propósito, algumas observações preliminares de ordem geral (e que careceriam de um desenvolvimento que aqui não cabe).

Na vida dos membros de uma comunidade, por força do “contacto social”, é muito frequente, de todos os dias, inevitável até, que alguém cause danos a outrem. E o “problema primeiro” da responsabilidade civil reside em saber se tais danos devem ser suportados, em definitivo, por aquele que os sofreu ou ser reparados por quem os causou. Trata-se, pois, de “repartir os danos”, *rectius*, de os “distribuir justamente”. Pelo que logo interfere aqui a ideia de justiça distributiva (J. ESSER; K. LARENZ / C.-W. CANARIS). Em todo o caso, o fundamento ético-jurídico da imputação das consequências de um acto (voluntário e livre) assenta na ideia de auto-responsabilidade, conatural ao reconhecimento da autonomia da pessoa (no direito privado, em particular). Assim, com E. HÖRSTER, pode afirmar-se que “assumir responsabilidade e ser responsabilizado são [...] prerrogativas e ónus do homem”.

Porém, como refere E. DEUTSCH, a proposição de que partem as ordens jurídicas (hodiernas), ditada pela própria “natureza das coisas”, é a de que o titular do bem (jurídico) há-de ele próprio suportar os danos ocorridos: *casum sentit dominus*. Daí a necessidade de “particulares razões” (e também aqui surge a designação “imputação”; cfr. *infra*), para se responsabilizar alguém pelos danos sofridos por outrem.

Uma primeira razão, *rectius*, o elemento primordial, que não custa ver como corolário da ideia de auto-responsabilização antes referida, dessa imputação reside num comportamento ou forma de conduta humana do agente, a verificação de um facto dominável ou controlável pela sua vontade. Sem ele – como acontece nos actos reflexos, no caso da *vis absoluta*, ou nos danos causados por acontecimentos naturais irresistíveis – não existirá responsabilidade.

Subsequentemente, surgem, na generalidade das ordens jurídicas, duas razões ou fundamentos primaciais e autónomos (e porventura concorrentes) de imputação – falando-se, por isso, de um “*zweispurigen System*” – que se exprimem, respectivamente, na responsabilidade pela culpa e na responsabilidade pelo risco. Na primeira, impõe-se a reparação daqueles danos causados ilicitamente (de modo objectivamente contrário à ordem jurídica), e – eis também a justificação da responsabilidade – por um comportamento culposos ou censurável: requer-se pelo menos que o agente pudesse reconhecer que o seu comportamento contrariava as imposições da ordem jurídica. Com isto, através da exigência de ilicitude e de culpa, o princípio da auto-responsabilidade é substancialmente “circunscrito” (ou conformado) em favor da liberdade geral de actuação (e, nessa medida, em prol da eficácia económica).

Na segunda “forma” de responsabilidade, atribui-se a certa pessoa a responsabilidade pela realização ou concretização danosa de um risco. Comum à grande maioria dos ordenamentos (mas designada por alguém como o “filho negligenciado do direito delitual”, conquanto, como se verá, em detectável expansão), apresenta todavia, quase sempre, carácter fragmentário, “excepcional” ou, pelo menos, especial (e, por isso, as suas singulares manifestações mostram-se refractárias à extensão analógica; *cfr. infra*); e conhece frequentemente “limites”, tomada a expressão aqui *lato sensu*, isto é, não apontando apenas para a existência de valores máximos ou “tectos” do montante indemnizatório (por vezes, estabelecer-se-ão até “limites mínimos”, que terão de ser excedidos para que o lesado possa intentar uma acção indemnizatória, como acontece por exemplo na legislação de alguns países em matéria de responsabilidade do produtor), mas abrangendo ainda, por exemplo, especiais causas de exclusão da responsabilidade (de resto, não é inútil advertir que as questões enunciadas podem interferir, como ocorre, por exemplo, quanto a saber se os limites indemnizatórios máximos são tomados em conta logo ini-

cialmente, mesmo antes da ponderação, para redução da indemnização, da “culpa” do lesado ou de terceiro).

No âmbito da responsabilidade pelo risco, determinados “domínios ou fontes de riscos” (decorrentes de actividades toleradas em vista do interesse geral) são imputados a certa pessoa com diversos “fundamentos” (que porventura aparecerão combinados e associados ainda à ideia de prevenção dos danos e protecção, nalguns casos da vítima tida por “estruturalmente” mais fraca), seja porque foi ela quem os criou (“elevou”) ou mantém (*risque-crée ou risque d’activité; Gefahr- veranlassung e Risikoerhöhung*), quem deles beneficia (*risque-profit; Zusammengehörigkeit von Vorteil und korrespondieren Risiko*), ou quem (pelo menos em abstracto) o controla (*risque d’autorité; Gefahr- ou Risikobeherrschung*; aqui se podendo ainda incluir a possibilidade ou facilidade de “absorver” e “segurar” tal risco – *Risikoabsorption*). A ideia fundamental inspiradora da generalidade das hipóteses de responsabilidade pelo risco estará afinal contida no antigo brocardo *cuius commoda eius incommoda*.

Manifestações muito mais antigas de tal “modalidade” de responsabilidade são identificáveis. Sirva como exemplo apenas, no direito romano, a responsabilidade no domínio das relações de vizinhança e no domínio da utilização de edifícios, que se podem filiar na ideia de “risco” ou na da prevenção de danos. Nomeie-se a *actio aquae pluviae arcendae* (D. 39,3), a *cautio damni infecti* (D. 39,2), a *actio de deiectionis et effusis* (D. 9,3,1) e a *actio de positis ac suspensis* (D. 9,3,5,6). Por outro lado, deixando de fora a responsabilidade noxal (porém directamente ligada ao nosso tema), notar-se-á ainda que a responsabilidade por animais seguia os mesmos princípios daquela, nos termos da *actio pauperis*, com a sua raiz na lei da XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum VIII.6*), quanto aos danos provocados por *quadrúpedes* (quanto ao ressarcimento dos prejuízos causados pela pastagem de animais num terreno alheio, refira-se a *actio de pastu*, remontando também à *Lex Duodecim Tabularum VIII.7*). Ao que

parece, estariam em causa apenas os quadrúpedes domésticos mansos (e exigindo-se que o acto danoso fosse *contra naturam*). Só mais tarde a sua aplicação será estendida a outros animais (inclusive aos cães, provavelmente pela *lex Pesolania*), sobretudo aos animais selvagens (*pelo edictum de feris*; em Roma, como se sabe, pululavam as mais diversas espécies de animais selvagens, importados de todo o império, para as lutas no circo ou até como “animais de companhia”), e, por via da “analogia”, através da concessão de uma *actio utilis* (D. 9,1,4,9, *Paulus libro 22 ad edictum*: Haec actio utilis competit et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit), aos bípedes (por exemplo, aos galos e às avestruzes, presentes estas últimas em Roma depois das guerras púnicas).

Contudo, o desenvolvimento da responsabilidade pelo risco encontra-se, como se sabe, estritamente associado ao advento da Revolução e da Sociedade Industrial, na mudança dramática que implicou (uma “unprecedented ‘acceleration of history’”, nas palavras de R. ZIMMERMANN), com a inusitada multiplicação das actividades e da utilização de coisas perigosas – e de “perigosidade” inédita até então –, porém social e economicamente úteis e, portanto, não proibidas ou banidas.

Como se compreende, o apelo à culpa, de resto insusceptível de ser provada nalgumas hipóteses, para fundamentar aí a responsabilidade claudica. Em muitos casos, os danos são inelutáveis, mesmo com o emprego da maior diligência e cuidados, conquanto até se mostrem estatisticamente previsíveis e calculáveis nos seus custos.

Ora, destes não se deve poder isentar o causante, lesando bens de outrem e “externalizando” os custos ou desvantagens que da sua actividade sobrevenham, o que implicaria ademais um resultado economicamente ineficiente (não se incentivando, devidamente, o lesante a evitar a produção de danos – o que evidencia porém que se têm, em termos gerais, de tratar de danos previsíveis –, o que será inadequado sobretudo nas situações em que pela parte do lesado não é

possível tomar providências no mesmo sentido; a “análise económica do direito” costuma ainda apontar como vantagens, sob certas condições (e insistir-se-á na conveniência da ponderação da culpa do lesado), da responsabilidade pelo risco a sua influência no “nível de actividade” do lesante e os altos custos de informação requeridos, dentro de sistema de responsabilidade por culpa, para aferir o grau de cuidado óptimo requerido e a sua (in)observância). Em tudo isto inter-vém de novo, com particular acuidade, o princípio da justiça distributiva (podendo supor-se que a “justiça correctiva” é uma componente *ex post* da justiça distributiva) se e a própria ideia de auto-responsabilidade, já acima referidos. Simultaneamente, com a imposição de uma responsabilidade pelo risco, estimular-se-á a prevenção de danos.

Como marcos legislativos pioneiros costumam apontar-se a legislação prussiana de 1838, impondo uma responsabilidade objectiva pelos danos pessoais causados pelos caminhos-de-ferro (“Gesetz über die Eisenbahnunternehmung”), e, ainda no domínio da cobertura dos danos não derivados de culpa, o sistema de “segurança social” instaurado por BISMARCK para os acidentes de trabalho. Posteriormente, as sombras sobre o “princípio da culpa” ou “quebra do monopólio da culpa” (promovido pelo liberalismo) adensar-se-ão com os imperativos de solidariedade social (e o “espírito paternalista”) emergentes no séc. XX. Na ciência jurídica, ver-se-á mesmo a emergência da responsabilidade pelo risco como “um novo paradigma”.

Porém, logo para ser “suportável”, semelhante “responsabilidade social agravada” (E. DEUTSCH) há-de supor a presença de um risco “acrescido”, “exorbitante” ou “especial” – isto é, que vá para além daquele que sempre o contacto e actividade sociais implicam – pela sua acuidade, frequência ou consequências danosas, e “próprio” ou “típico” de certas actividades ou coisas (um seu “perigo interno”). Como ironicamente nota D. MEDICUS, “Werther” desencadeou uma vaga de suicídios, sem que a ninguém passe pela cabeça responsabi-

lizar Goethe por isso.

Ocorre, no fim desta ordem de considerações, lembrar que a responsabilidade pelo risco, em termos estritos, prescinde de um juízo de ilicitude – não se quer, como refere J. ESSER, reparar *Unrechtsschäden*, mas sim *Unglücksschäden* – e, portanto, da culpa. Tais “qualificações” não terão mesmo sentido neste contexto, ou, em todo o caso, serão indiferentes (sem prejuízo, claro, de a concretização do risco poder representar um facto ilícito e fundamentar também uma responsabilidade por culpa).

19. Pois bem – na sequência do que se disse, de maneira porventura demasiado sucinta –, a responsabilidade do comitente é muitas vezes inserida dentro do quadro da responsabilidade pelo risco. Risco, subentende-se, por ele criado em seu proveito e por ele dominável, ao utilizar outrem para a realização de determinada actividade. E invoca-se, no essencial, o pensamento a que já aludimos do *ubi commodum, ibi incommodum*. O risco ligado à delegação de trabalho deve permanecer com aquele que no seu próprio interesse o causou. Todavia, como se reconhecerá, o recurso a um ou vários comissários em muitas situações não representa qualquer fonte especial de perigo (acrescido e típico) ou, se se quiser, uma “elevação” relevante do “risco geral da vida”, como vimos atrás ser de exigir nas hipóteses de responsabilidade pelo risco. Demais, hoje a “delegação” de assuntos quotidianos mostra-se de tal modo difundida e imprescindível, generalizada a domínios tão diversos, e com manifestações tão heterogéneas, que qualquer risco inerente, a existir, se “diluiu”, e dele aproveitamos todos. Donde afirmar-se que a sua força de atracção, o seu efeito aglutinador, como núcleo ou razão de responsabilidade, é muito fraco.

Actuar o próprio ou fazer este actuar por sua conta outra pessoa será, as mais das vezes, de tal ponto de vista, absolutamente indiferente. Ao pedir ao vizinho que me faça as compras da semana no

supermercado, onde crio um risco especial para os demais?

Claro que a actividade delegada pode, em si, constituir uma actividade (relevantemente) perigosa, como sucede, por exemplo, quando o *chauffeur* conduz o meu carro ou se alguém passeia o meu *pit-bull* ou o meu *tosa-inu*. Mas, então, intervirão os preceitos atinentes à responsabilidade pelo risco em causa; e esta impenderá sobre a pessoa em cujo interesse, ou sob cujo controlo, a actividade é levada a cabo. Desenvolvem aliás tal ideia o Art. 51 do *Avant-projet* suíço¹², que faz responder a pessoa que explora uma actividades especialmente perigosa por todas as pessoas, que com o seu consentimento, nela participam, e o § 1306 (2) do *Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrecht*, que responsabiliza *sempre* o detentor de uma “Quelle hoher oder erhöhter Gefahr” pelo “Fehlverhalten” dos seus auxiliares (cfr. *infra*).

A inexistência de um “perigo específico” subjacente à responsabilidade do comitente induz ainda uma dificuldade de outra ordem, documentada aliás por muitas das considerações ao longo deste trabalho. Com efeito, torna-se inviável circunscrever tal responsabilidade inquirindo se o dano constitui a realização ou concretização de um perigo específico (como se procede, desde logo pela ponderação do *Schutzzweck* da norma, nos casos de responsabilidade pelo risco – no exemplo de escola que sempre se dá: se um gato é atirado contra uma pessoa como instrumento de arremesso ou alguém nele tropeça, não haverá lugar para a responsabilidade pelo risco por animais). Claro que a uma circunscrição dos danos não se renuncia em absoluto ao exigir-se que eles tenham sido causados no exercício de funções do comitente. Mas opera-se então num plano distinto.

Também por aqui se explica que houvéssemos, seguindo a sugestão

¹² Art. 51

IV. Dispositions communes en matière de responsabilité objective

1. Responsabilité du fait d'autrui

La personne exploitant une activité spécifiquement dangereuse répond de toute personne dont elle accepte qu'elle y participe.

Cette règle s'applique par analogie aux autres cas où la loi prévoit que la responsabilité d'une personne est engagée indépendamment d'une faute.

de vários autores, preferido integrar a responsabilidade do comitente não, estritamente, dentro da responsabilidade pelo risco mas antes como uma das formas (ao lado das hipóteses de risco) da responsabilidade objectiva. Há mesmo quem fale, a propósito da responsabilidade por actuações ou comportamentos alheios, de um “ulterior princípio de responsabilidade” (assim, K. LARENZ). Desse entendimento parecem partilhar os PETL ao não subsumir a responsabilidade vicarial (que prescinde aí, em todo o caso, da culpa da pessoa obrigada à vigilância ou do *dominus*) na responsabilidade pelo risco (de que se ocupa o Capítulo V. *Strict Liability*), regulando-a autonomamente no Capítulo 6. (*Liability for Others*, que inclui dois artigos – Art. 6:101 *Liability for Minors or Mentally Disable persons* e Art. 6:102 *Liability for Auxiliaries*), e ao destacar a responsabilidade pelos auxiliares como uma categoria separada (cfr. Art. 1:101(2)¹³ e Art. 6:102).

20. Nesta sequência, convém explicitar mais um aspecto já contido em quanto dissemos sobre o conceito de comissão. Prende-se com o seguinte: as hipóteses que caem na previsão do art. 500.º são, além de numerosas, bastante heterogéneas. Estão em causa variadíssimos géneros de actividades levadas a cabo por comissários. A relação entre estes e o comitente pode ser a mais diversa; e o “tipo” de comitentes extremamente diferentes. Tanto cabem no art. 500.º os danos causados pelo trabalhador (já atrás se apontou, as mais importantes hipóteses da vida corrente da responsabilidade do comitente são aquelas em que entre ele e o comissário existe um vínculo laboral, mas mesmo aqui as hipótese podem ser muito diversas) de uma empresa de grande dimensão que se dedica a uma actividade perigosa e de frequente contacto com terceiros, como o amigo que,

¹³ Art. 1:101 *Basic Norm*

(1) A person to whom damage to another is legally attributed is liable to compensate that damage.

(2) Damage may be attributed in particular to the person

a) whose conduct constituting fault has caused it; or

b) whose abnormally dangerous activity has caused it; or

c) whose auxiliary has caused it within the scope of his functions.

casualmente, se ofereceu para ajudar a transportar as minhas compras de supermercado. Também neste sentido se pode dizer, como alguém escreveu, que a responsabilidade do comitente é “uma arma romba”. Tal “indiferenciação” ou “sincretismo” há-de, por força, conduzir a soluções pouco justas ou adequadas.

Assim, o valor sugestivo da máxima “respondeat superior” perde imediatamente a sua plausibilidade, como adverte F. BYDLINSKI, quando leva a fazer responder (objectivamente) quem se faz ajudar na renovação da casa por um amigo (ou um familiar) que vai buscar de carro materiais ou quem pede a um miúdo que lhe vá comprar, de bicicleta, um jornal; podendo eventualmente tratar-se até de danos avultados (conquanto, entre nós, o art. 494.º, se considerado aplicável à responsabilidade pelo risco, possa oferecer aqui um paliativo), que quase nunca entram no cálculo de quem confiou a outrem o desempenho da concreta tarefa.

Não se pode pretender, sem violência, imputar tais danos ao comitente. Provavelmente, eles não teriam ocorrido se não fosse o comitente ter encarregado alguém de tais tarefas. Mas, na generalidade dos sistemas jurídicos actuais, a mera causação, *per se*, não constitui fundamento de responsabilidade civil (cfr. *supra*).

Haveria então, talvez, que restringir a responsabilidade do comitente àquelas hipóteses onde se pudesse afirmar que fazer intervir uma ou várias outras pessoas, distintas do *dominus*, representa efectivamente um risco acrescido para os demais, pela contingência de relevantes falhas de “comunicação”, “coordenação”, ou pelo próprio “risco estatístico” que constitui a intervenção de um número elevado de pessoas ou a frequente utilização de uma só. Importaria, aqui, levar em conta a natureza da função cometida (ideia que não deixa, por vezes, embora veladamente, de intervir na tentativa de delimitação da responsabilidade do comitente através da consideração do círculo de actividades de que foi incumbido o comissário).

21. E abre-se um parêntesis para indicar que excluímos da nossa análise a aplicação do art. 500.º, *ex vi* do art. 165.º (e do art. 998.º), no âmbito da responsabilidade das pessoas colectivas. Aí, aliás, não estará presente uma verdadeira relação de dependência ou comissão entre os órgãos e a pessoa colectiva. Mas a imputação (e duvidar-se-á até que haja uma verdadeira dissociação de sujeitos) que tem lugar já se justificará, e de modo plausível, pela ideia de “representação”, tomada a palavra na acepção correspondente ao seu étimo, e não estritamente ao instituto do mesmo nome: o sujeito que actua “torna presente”, “actualiza” um outro. Acresce que não pode a pessoa colectiva actuar senão por intermédio de outrem. E na ausência de uma tal imputação, não se querendo encarar como uma “unidade” o membro ou membros do órgão que age e a pessoa colectiva, esta última simplesmente não responderia. O que constituiria, como se assinala, um “privilégio injustificável”. Por isto, deve considerar-se, por exemplo, embora se trate agora doutro plano, que a responsabilidade contratual da pessoa colectiva, nos termos do art. 800.º por força da remissão do art. 165.º, pelos actos dos membros dos seus órgãos não pode ser excluída, pelo menos no caso de dolo.

Igualmente de fora do nosso estudo permanece a responsabilidade do Estado e de outras pessoas colectiva públicas pelos danos causados pelos seus órgãos, agentes e representante no exercício de actividades de gestão privada, embora tal responsabilidade siga o regime do art. 500.º, para o qual remete o art. 501.º.

Tão-pouco consideramos a responsabilidade do proprietário armador de navio pelos danos causados por actos ou omissões do capitão, da tripulação, dos pilotos e de qualquer pessoa ao serviço do navio, regulados pelo Decreto-Lei n.º 202/98, de 10 de Julho, que, no seu art. 4.º, n.º 2, igualmente manda aplicar o art. 500.º.

22. O que se expôs anteriormente explica que muitas vezes se convoque o chamado “risco da empresa” (paralelamente, no direito

público, desenvolveu-se a noção de “culpa de serviço”) para fundamentar ou sustentar a responsabilidade do comitente. O risco típico da empresa – derivado da continuidade e organização da sua actividade – substituiria o risco especial que, em termos gerais, não se consegue identificar na comissão, e, simultaneamente, a extensão da actividade empresarial delimitaria o âmbito da actividade do comissário.

Mas, consabidamente, várias são as dificuldades e objecções com que depara a construção de uma “responsabilidade objectiva da empresa”. Por exemplo, a necessidade de consideração da dimensão e estrutura empresarial e a inexistência de uma responsabilidade objectiva dos detentores de coisas – no caso, maquinarias, instrumentos de produção, etc. (refira-se ainda que na doutrina e na jurisprudência alemãs é muito debatida a questão de se a *Erfüllungsgehilfenhaftung* do § 278 se pode aplicar analogicamente a “falhas” de “technischer Hilfsmittel”; uma expressa previsão nesse sentido consta do § 1305 (2) do *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrecht*). É também conhecido que, actualmente, mesmo nos Estados Unidos, vem ganhando predominância a exigência de culpa para fundamentar a responsabilidade empresarial.

Concretamente, os PETL optaram por consagrar, no Art. 4:202¹⁴, uma “responsabilidade da empresa”, por uma “falha ou defeito” (“defect”) desta, baseada (meramente) numa presunção de culpa (*in organisando*), na linha, aliás, do disposto em termos gerais no Art. 4:201. E assim, o lesado, tratando-se de um acto de um auxiliar, procurará por vezes fundar a sua pretensão indemnizatória na responsabilidade geral por actos de auxiliares, prevista no Art. 6:102, a qual independe de culpa do *principal*.

¹⁴ Art. 4:202 *Enterprise Liability*

(1) A person pursuing a lasting enterprise for economic or professional purposes who uses auxiliaries or technical equipment is liable for any harm caused by a defect of such enterprise or of its output unless he proves that he has conformed to the required standard of conduct.

(2) “Defect” is any deviation from standards that are reasonably to be expected from the enterprise or from its products or services.

Tão-pouco no *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrecht*, a “Unternehmungshaftung”, prevista no § 1304 – e sobretudo com uma “Auffangungsfunktion” (pois a empresa já será ou uma “Quelle hoher Gewalt” ou uma “Quelle erhöhter Gefahr”; cfr. *infra*) – está concebida estritamente como uma responsabilidade pelo risco, pois igualmente assenta numa “falha” na empresa, na produção ou nos serviços prestados. E o “empresário” poderá eximir-se a tal responsabilidade, provando que utilizou o necessário cuidado ou diligência para evitar os danos (só que, diferentemente dos PETL, a responsabilidade pelos *Besorgungsgehilfen*, regulada no § 1306, pressupõe, também ela, uma falha ou culpa do *Geschäftsherrn*, a qual se presume contudo no caso de este ser uma “empresa”, e só independe totalmente de culpa no caso de a actividade levada a cabo ser em si uma “Quelle hoher Gewalt” ou uma “Quelle erhöhter Gefahr”)¹⁵.

¹⁵ 4. Abschnitt – Unternehmerhaftung

§ 1304

(1) Wer aus wirtschaftlichen oder beruflichen Interessen ein Unternehmen betreibt, haftet auch für den durch einen Mangel im Unternehmen, seiner Erzeugnisse und Dienstleistungen verursachten Schaden. Der Unternehmer haftet nicht, wenn er beweist, dass die zur Abwendung des Schadens erforderliche Sorgfalt aufgewendet wurde.

(2) Mangel ist jede Abweichung von dem Standard, der nach der Darbietung, dem Stand von Wissenschaft und Technik sowie den Verkehrsgewohnheiten beim Unternehmen, seinen Erzeugnissen und Dienstleistungen erwartet werden darf.

(3) Der Unternehmer hat reine Vermögensinteressen und den Gewinnentgang durch die Schädigung von Sachen nur dann zu ersetzen, wenn das Unternehmen auch auf den Schutz des Vermögens ausgerichtet ist.

5. Abschnitt - Haftung für Dritte und für technische Hilfsmittel

Erfüllungsgehilfen

§ 1305

(1) Wer bei Erfüllung eines Schuldverhältnisses Hilfspersonen einsetzt oder für wen dabei auf Grund Gesetzes Hilfspersonen tätig werden (Erfüllungsgehilfen), haftet seinem Vertragspartner für deren Fehlverhalten. Das gilt nicht nur bei der Verletzung von Leistungspflichten, sondern auch bei einem für die Tätigkeit des Erfüllungsgehilfen nicht außergewöhnlichen sonstigen Fehlverhalten.

(2) Der Geschäftsherr haftet auch für das Versagen technischer Hilfsmittel, die er gleich einem Erfüllungsgehilfen einsetzt.

Besorgungsgehilfen

§ 1306

(1) Besteht kein Schuldverhältnis, so haftet der Geschäftsherr für die durch das Fehlverhalten von Hilfspersonen (Besorgungsgehilfen) verursachten Schäden, wenn der Geschädigte beweist, dass der Gehilfe untüchtig war oder der Geschäftsherr ihn nicht sorgfältig ausgewählt oder nicht ausreichend überwacht hat. Ist der Geschäftsherr Unternehmer (§ 1304 Abs 1), so trifft ihn die Beweislast.

(2) Der Halter einer Quelle hoher oder erhöhter Gefahr haftet für das Fehlverhalten seiner Besorgungsgehilfen.

(3) Wer eine Tätigkeit zur selbstständigen Durchführung übernimmt, ist kein Besorgungsgehilfe. Der Geschäftsherr haftet nur, wenn er ihn nicht sorgfältig ausgewählt oder nicht ausreichend überwacht hat.

Em termos parecidos, mas reportando-se apenas à responsabilidade pelos auxiliares, já o Art. 49a do *Avant-projet* suíço), dando sequência ao entendimento jurisprudencial consagrado (cfr. *infra*), previa uma responsabilidade do “empresário” com base em culpa (*in organisando*) presumida pelos actos daqueles. Diferentemente, em geral, a responsabilidade pelos actos dos auxiliares baseia-se aí, nos termos do Art. 49¹⁶, numa presunção de culpa *in eligendo, instruendo ou custodiendo*; devendo ainda notar-se que o facto danoso se tem de inserir no “cumprimento ou desempenho da tarefa do auxiliar” e não “somente” no “quadro de actividades empresariais”.

A título de curiosidade, registe-se que o *Zivilgesetzbuch* (ZGB) da DDR consagrava no § 344 ¹⁷ uma responsabilidade pelo risco (geral e supletiva) que recaia sobre as empresas (“Betriebe”) pelas suas actividades, manutenção e funcionamento das instalações, e pela posse de coisas ou substâncias, que representassem um “erhöhter Gefahr”.

(4) Der Geschäftsherr haftet auch für das Versagen technischer Hilfsmittel, die er gleich einem Besorgungsgehilfen einsetzt, wenn der Geschädigte beweist, dass die Hilfsmittel ungeeignet waren, der Geschäftsherr sie nicht sorgfältig ausgewählt oder nicht ausreichend überwacht hat. Ist der Geschäftsherr Unternehmer (§ 1304 Abs 1), so trifft ihn die Beweislast.

(5) Der Geschäftsherr haftet darüber hinaus für das Fehlverhalten, die in seinem Tätigkeitsbereich eine leite Stellung mit eigenen Entscheidungs- und Weisungsbefugnissen einnehmen. Juristische Personen haben jedenfalls für ihre Satzungsmäßigen Organe einzustehen.

Haftung der Hilfspersonen

§ 1307

Die Haftung von Hilfspersonen nach anderen Bestimmungen wird durch die Haftung des Geschäftsherrn (§§ 1305 und 1306) nicht berührt. Soweit Geschäftsherr und Hilfsperson haften, haben sie zur ungeteilten Hand Ersatz zu leisten.

¹⁶ Art. 49

II. Responsabilité pour les auxiliaires

1. En général

La personne qui recourt à un auxiliaire est tenue de réparer le dommage causé par ce dernier dans l’accomplissement de sa tâche, à moins de prouver qu’elle a pris, dans le choix, dans l’instruction et dans la surveillance de cet auxiliaire, toutes les mesures appropriées pour éviter la survenance du dommage.

Art. 49a

2. Dans les entreprises

La personne qui, pour exploiter une entreprise comportant des activités de nature économique ou professionnelle, recourt à un ou plusieurs auxiliaires, est tenue de réparer le dommage causé dans le cadre de ces activités, à moins de prouver que l’organisation de l’entreprise était apte à éviter la survenance du dommage.

¹⁷ § 344 *Verantwortlichkeit aus Quellen erhöhter Gefahr*

(1) Betriebe, deren Tätigkeit zu einer erhöhten Gefahr für andere führt, sind für den aus dieser Tätigkeit verursachten Schaden verantwortlich. Das gleiche gilt für einen Schaden, der auf das Unterhalten und Betreiben von Anlagen sowie den Besitz von Sachen oder Stoffen zurückzuführen ist, bei denen eine erhöhte Gefahr für Leben, Gesundheit oder Eigentum anderer nicht oder nicht vollständig auszuschließen ist.

(2) Ist die Verantwortlichkeit aus Quellen erhöhter Gefahr in besonderen Rechtsvorschriften geregelt, sind diese anzuwenden.

Para além das conclusões que disto tudo se possam retirar, é claro que pela via da “responsabilidade empresarial” (independentemente, aliás, dela se fundar em culpa presumida ou ser, estritamente, uma responsabilidade pelo risco) não se logra compreender todas as hipóteses de responsabilidade pelo comitente, mas só porventura a responsabilidade do comitente empresário.

Isso não invalida que, no seu domínio, a responsabilidade pelo “risco da empresa” revele uma vocação “fágica” em relação à do comitente, pois representa uma explicação mais geral, e com virtualidades mais ambiciosas, tendendo a absorver esta última (o que não quer dizer que num primeiro momento não se chegue a encontrar uma base legal para aquela na aplicação extensiva ou analógica da responsabilidade do comitente, como aparece sugerido sobretudo na doutrina italiana, que chega inclusive explicar o regime do art. 2049 do Codice Civile com base no “princípio do risco da empresa”; criticamente porém, por exemplo L. B. GERI / U. BRECCIA / F. D. BUSNELLI / U. NATOLI, observando que tal interpretação força a *ratio* da norma em duas direcções concorrentes, pecando por defeito – pois a norma, na sua referência a “i padroni e i committenti” não tinha, sequer implicitamente, em vista apenas os empresários –, e por excesso – porquanto, não se inspirando a norma em tal princípio, não permite imputar ao empresário todos os danos susceptíveis de serem referidos à área coberta por tal risco). Nomeadamente, o carácter vicarial que a responsabilidade do comitente assume na generalidade dos direitos surge aqui como um corpo estranho, tendendo porventura a perder-se (e, por consequência, também o direito de regresso do comitente em relação ao comissário). A possível *culpa in operando* de um concreto dependente passa a ser irrelevante (e por isso inexplicável a sua exigência legal), consumida no risco da genérica actividade imputado à empresa. Ou, encaradas as coisas pelo reverso, não se pode pretender resolver os casos (todos os casos) que caem no âmbito da responsabilidade da empresa através do art. 500.º (o mesmo se dirá, de

resto, nos casos de deveres de segurança no tráfego em cujo cumprimento se introduz um auxiliar).

23. Porventura, como entende MANUEL FRADA, depara-se com um outro escolho na tentativa de fundamentar a responsabilidade do comitente na ideia do risco. Aludimos à discrepância resultante de não estar prevista na lei uma responsabilidade pelo risco, em termos gerais, para coisas ou actividades perigosas, domínio onde o legislador português (como sucede nas várias legislações) só consagrou uma responsabilidade subjectiva, conquanto de culpa presumida. Não se vê, com efeito, em que seja mais perigosa – ou sempre mais perigosa – a utilização de um operário do que o manuseamento de uma máquina para executar certa (minha) actividade de que venham a resultar danos para terceiros.

Porém, semelhante consideração não pesará sobremaneira em sistemas de responsabilidade pelo risco, como o português e o da generalidade dos países, assente, conforme já se assinalou, em fragmentárias hipóteses adrede previstas. Constituindo mesmo, muitas vezes, um “mosaico” de previsões, ditadas por ponderações “contingentes”, de ordem prática e “sociopolítica”, fruto até de uma legislação *ad hoc*, onde se insinuam preocupações de solidariedade social e protecção dos mais fracos (quando não intuitos marcadamente redistributivos), por vezes a própria intenção da “socialização do risco” (sobretudo quando à responsabilidade objectiva se associa aos “mecanismos” da “segurança social” e do seguro obrigatório; valerá a pena notar que, como adverte a “análise económica do direito”, a introdução de seguros obrigatórios de responsabilidade civil parece problemática quando o *moral hazard problem* não possa ser “contido”).

Não que, quanto a nós, hoje em dia a responsabilidade pelo risco (*rectius*, as hipóteses de responsabilidade pelo risco admitidas) tenha propriamente carácter excepcional. Ela representará antes uma forma autónoma de responsabilidade, ao lado da responsabilidade por cul-

pa, derivada de um fundamento próprio. Conquanto, com K. LARENZ / C.-W. CANARIS, talvez se possa falar de uma relativa "superioridade" ético-jurídica do princípio da culpa (porventura atenuada por uma certa "deformação" experimentada pelo respectivo conceito).

Aliás, uma "zona cinzenta" ou uma "área movediça" entre ambas, que se traduz num esbatimento da delimitação dos respectivos campos, foi progressivamente emergindo (em boa medida, tais "expedientes" foram a maneira inicial de afirmação do "princípio do risco", constituindo hipóteses "ocultas" ou "disfarçadas" deste), desde logo pela "objectivação" do conceito de culpa (dos critérios da sua apreciação), mas sobretudo através da admissão de uma "prova de primeira aparência", mediante a inversão, legal ou judicial, do ónus da prova da culpa, e pela dificuldade da sua ilisão nalguns domínios, desembocando mesmo na consagração, não raro criação jurisprudencial, de verdadeiras presunções não ilidíveis (ficções?). Também a criação e extensão, sobretudo pela doutrina e jurisprudência, de "deveres de protecção" e de "deveres de prevenção de perigo" no tráfico jurídico, na prática quase insusceptíveis de serem cumpridos, concorre na mesma direcção.

Será porém ir longe de mais, mesmo perante um "espectro tão largo" ou uma "paleta tão variegada" de formas intermédias, pretender que existe um verdadeiro *continuum* entre a responsabilidade por culpa e a responsabilidade pelo risco (ou supor, actualmente, uma verdadeira unidade entre estas, de facto, elas continuam a assentar em fundamentos ou ideias diferentes; cfr. *supra*).

Seja como for, pelo menos no direito português, deve partir-se de um *numerus clausus* de hipóteses de responsabilidade pelo risco, devendo estas ser entendidas *apertis verbis*, ao dizer expressamente a lei, no art. 483.º, n.º 2, que tal forma de responsabilidade só existe nos casos especificados na lei. Pelo que se mostrarão tais previsões legais avessas à analogia (tendência que, de resto, é reforçada entre nós, por uma jurisprudência em geral timorata). Todavia, como se sabe, a

analogia não está totalmente excluída mesmo nos preceitos excepcionais (a menos que estes constituam verdadeiras normas “plenas”; proibida estará uma *analogia iuris* – “Induktionsverbot”). Em todo o caso, os problemas que se põem aqui a uma eventual extensão analógica mostram-se dificilmente superáveis, atendendo às “contingentes ponderações” subjacentes às singulares hipóteses legais, e em virtude das dificuldades de uma “comparação” com base num critério tão evanescente como o da “perigosidade”.

Assim, inelutavelmente, surgirão outras incoerências valorativas para além da assinalada inicialmente, porventura de maior vulto, e até verdadeiras aporias no sistema da responsabilidade pelo risco. Por que razão responde objectivamente o dono do “caniche”, mas não, nos mesmos termos, o proprietário ou detentor de uma arma, ou quem lança fogo-de-artifício, ou os pais pelos actos dos seus filhos menores? Por que há-de impender sobre o condutor de uma bicicleta uma responsabilidade que independe de culpa, mas não sobre o proprietário ou “detentor” de uma “montanha russa” ou de um “carrossel”, de um “rolo compressor” (para aplanar um terreno) ou de uma máquina escavadora, ou de um navio? Não se vê que aquela primeira aporia pese mais ou tenha particular acuidade em relação às agora descritas.

24. Tudo isto leva, embora tal esteja longe dos propósitos deste trabalho, a reflectir (novamente) sobre as vantagens e inconvenientes da introdução de “allgemeinen Gefährdungstatbestand”. A favor do qual se podem invocar, na síntese de H. KÖTZ, cinco principais razões: afastar um desigual tratamento legal de riscos técnicos semelhantes ou iguais; desonerar o processo legislativo; evitar em muitos casos resultados injustos ou pouco equitativos; libertar a responsabilidade por negligência de uma distensão excessiva; diminuir a litigiosidade processual à volta da questão da culpa.

Em grande parte, está em causa superar as dificuldades sempre

experimentadas por uma regulamentação de tipo casuístico (median- te situações tipificadas, obedecendo a um "Enumerationsprinzip") as quais pecam quer por defeito e quer por excesso, surgindo inexora- velmente no seu âmbito "lacunas de regulamentação" e "lacunas de excepção", ou, mais em geral, contradições valorativas. Tais inconve- nientes exacerbar-se-ão numa matéria complexa, incidindo sobre uma realidade social em acelerada mutação, como é o caso da res- ponsabilidade civil: as "lacunas secundárias ou supervenientes" serão então frequentes. Só um legislador muito diligente e atento poderá atalhar (e apenas parcialmente) a tais deficiências.

Mas a "aversão" da generalidade das legislações a adoptarem uma cláusula geral de responsabilidade pelo risco (que, de resto, poderá assumir formas muito distintas: ser mais ou menos ampla, pretender ou não substituir as já existentes hipóteses especiais ou assumir ape- nas a forma de uma "subsidiäre Auffangklausel", compreender por- ventura só as actividades extremamente perigosas, ir associada ou não a uma enumeração exemplificativa, tentar ou não a "explicação" dos conceitos indeterminados utilizados) tem por si razões que não devem ser subestimadas. Destacar-se-ão a necessidade de "conter" tal forma de responsabilidade (e em geral as pretensões indemnizató- rias delituais, como a experiência estado-unidense bem documenta), ditada desde logo pela preocupação de não inibir demasiadamente a liberdade de actuação e a iniciativa económica, a especial necessida- de de segurança ou certeza jurídica que aqui se faz sentir, traduzida em especial no facto de o afectado carecer de conhecer de antemão e em termos claros as eventuais consequências (indemnizatórias) a que se expõe, num domínio em que, nalgumas hipóteses, os danos podem ser extremamente elevados e onde se prescinde da culpa (e, portanto, da própria previsibilidade e controle do facto danoso pelo lesante). Acrescem as dificuldades (de técnica legislativa) na delimi- tação geral do critério da "perigosidade", por si um conceito extre- mamente vago e impreciso, a que se queira associar a imposição de

semelhante responsabilidade.

Considerações como essas terão levado o legislador alemão a manter a “orientação tradicional”, apesar da reforma de que foi alvo recentemente o direito das obrigações e, concretamente, o direito delitual, e malgrado as muitas vozes em sentido contrário que sempre se levantaram, embora ultimamente algo esmorecidas. No direito tudesco, costuma mesmo atribuir-se à responsabilidade pelo risco carácter excepcional (ilustrado aliás na exclusão da compensação dos danos morais – *Schmerzensgeld* (*petrium doloris*) – no seu âmbito, até à introdução em 2002 da Abs. 2 do § 253 BGB¹⁸, preceito considerado também aplicável à responsabilidade objectiva, e em cujos termos a indemnização por danos morais deixou de ter carácter especial ou excepcional; comparativamente com o direito português, interessará ainda apontar que no ordenamento alemão vale “ ‘Alles oder Nichts’ -Prinzip”, conquanto agora também atenuado pelo preceito anteriormente citado, que prevê uma indemnização equitativa, enquanto, entre nós, o art. 494.º, se considerado aplicável à responsabilidade objectiva nos termos do art. 499.º, permitirá morigerar o rigor da responsabilidade pelo risco nalguns casos) e recusar-se, quase em absoluto, a aplicação analógica das várias previsões legais, que aliás abundam. Tal orientação remonta a uma decisão do *Reichgericht*, de 1908, sobre danos provocados aos espectadores por um dirigível do conde Zeppelin. E continua-se a considerar “prerrogativa” ou “monopólio” do legislador a introdução de novas hipóteses de responsabilidade pelo risco.

Isso, porém, não tem impedido a jurisprudência alemã de se socorrer de certas “alternativas”. Nomear-se-á o desenvolvimento (para além dos previstos ou que se possam extrair de “disposições legais de pro-

¹⁸ § 253 *Immaterieller Schaden*

(1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.

(2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.

tecção”) de crescentes deveres de cuidado no domínio do tráfego jurídico – *Verkehrs(sicherungs)plichten*. Estes constituem a base da imputação a um sujeito da violação (ilícita) de bens jurídicos ou de direitos de outrem que só mediata, embora adequadamente, resultaram da sua conduta (quer no caso de um *mittelbare Herbeiführung des Verletzungserfolges* quer no caso de uma *Verletzung durch Unterlassen*). Tais deveres imporão a todos aqueles que criem ou mantenham uma situação de perigo a adopção das medidas ou providências necessárias e exigíveis para evitar eventuais danos que para os demais daí possam resultar. E poderão ora ser violados por uma acção (no caso de o seu conteúdo ser negativo, por exemplo, não introduzir no tráfego uma substância perigosa), ora por uma omissão (sendo o seu conteúdo positivo, por exemplo, remove o gelo acumulado no passeio à frente da sua porta).

Os *Verkehrspflichten* terão origens e fundamentos diversos. Resultarão, mormente, da abertura de uma “passagem ou trânsito público” (entendido em sentido muito lato, compreendendo ruas, caminhos, pontes, escadas, entradas para um edifício, estabelecimento, etc.; estando em causa a utilização permitida legal ou contratualmente de propriedade pública ou privada) ou “interferência” numa já existente (por exemplo, os trabalhos numa via pública, deverão estar convenientemente sinalizados), devendo a segurança do tráfego ser preservada; do “domínio” de uma coisa perigosa (por exemplo, fora das situações legalmente contempladas, de armas ou de venenos), tendo o perigo a ela associado que ser minimizado na medida do possível; da prática de uma profissão, de um comércio ou indústria (onde, se se quiser, se inserirá também a responsabilidade do produtor), quando os demais confiam no seu correcto exercício e, por isso, eles próprios não se “previnem” perante eventuais danos.

Ora, sucede que, muitas vezes, semelhantes deveres assumem uma tal intensidade que se perde necessariamente qualquer referência à culpa ou censurabilidade, no fim de contas meramente ficcionada. O

que redunde, nalguma medida, numa forma (“ilegal”) de responsabilidade pelo risco (J. ESSER).

Algo de semelhante se observa quando, para além das concretas previsões legais de presunções de culpa no domínio delitual, a própria jurisprudência inverte o ónus da prova da culpa, tornando ademais a ilisão da presunção muito exigente, como, por exemplo, ocorre ou ocorreu no âmbito de algumas “leis de protecção”, no domínio da responsabilidade do produtor, e quanto à responsabilidade médica.

25. Contudo, os PETL parecem terem querido, em parte, quebrar tal resistência à “generalização” das hipóteses de responsabilidade objectiva¹⁹, ao consagrarem no Art. 5:101 uma responsabilidade pelo *risco supletiva* (cfr. Art. 5:101(4), e no Art. 5:102(1) ressalvam-se ainda as previsões das legislações nacionais de outras categorias de responsabilidade objectiva para actividades perigosas, mesmo que essas actividades não sejam anormalmente perigosas, assim como as específicas formas de responsabilidade pelo risco previstas nos PETL ou em instrumentos internacionais; demais, note-se, o juiz poderá, nos termos do Art. 4:201 – e logo ocorrerá o paralelo com o art. 2050 do Codice Civile e com o art. 493.º do nosso Código Civil –, proceder a uma inversão do ónus da prova da culpa no domínio de actividades relevantemente perigosas) com *carácter geral*, embora só para *actividades anormalmente perigosas*²⁰.

¹⁹ No BW, nos Arts. 173 e ss., na sequência das soluções da anterior codificação, tributária por sua vez do Code Civil, consagra-se uma responsabilidade pelo risco do detentor de coisas móveis (excluindo agora os automóveis, animais, navios e aeronaves que conhecem regras próprias). Nem é necessário que se trate de uma coisa relevantemente perigosa. Conquanto se tenha de tratar de um dano que represente a realização do especial risco decorrente de um defeito inerente à coisa (na linha, aliás, da regulamentação belga). Uma responsabilidade mais estrita (sem tal restrição) prevê a lei depois, mormente para as construções de edifícios ou obras (Art. 6:174), para a utilização, guarda ou condução ou transporte, no âmbito de uma actividade profissional ou empresarial, de substâncias relevantemente perigosas (Art. 6:175), e para os detentores de animais (Art. 6:179).

²⁰ Art. 5:101 *Abnormally Dangerous Activities*

(1) A person who carries on an abnormally dangerous activity is strictly liable for damages characteristic to the risk presented by the activity and resulting from it.

(2) An activity is abnormally dangerous if

a) it creates a foreseeable and highly significant risk of damage even when all due care is exercised in its management and

Interessa assinalar que a expressão “actividade” se entende aí num sentido lato, (cfr. aliás art. 3:101), podendo compreender também a detenção de certas coisas. Nos termos do Art. 5:101(2), uma actividade será considerada anormalmente perigosa se cria um risco previsível e bastante significativo de dano, mesmo com observância do cuidado devido, e se não corresponde a uma “prática de uso comum” (“a matter of common usage”; um conceito importado do § 20 do Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical and Emotional Harm - Tentative Draft No. 5) porventura demasiado vago e mutável – mas essa terá sido em boa medida a intenção da sua escolha – que logo excluirá aquelas actividades que são levadas a cabo por um grande número de pessoas, conquanto o inverso não seja necessariamente verdade: certas actividades empreendidas por um número limitado de pessoas podem estar largamente difundidas e ser do interesse geral, como sucede com a distribuição de energia eléctrica). Sendo dois aspectos ressaltados para avaliar o carácter significativo do risco: a gravidade do dano e a sua frequência (Art. 5:101(3)). O dano terá, de acordo com a *ratio* da responsabilidade pelo risco, e circunscrevendo o alcance desta, de ser “característico” do risco decorrente da actividade em causa e resultar desta (Art. 5:101(1)). Paralelamente, nos PETL, no Art. 5:102(2), admite-se a expansão analógica das disposições que consagrem singulares hipóteses de responsabilidade pelo risco (a menos que as legislações nacionais disponham em contrário).

Em termos gerais, porém, à extensão analógica recorrer-se-á raramente em face de uma cláusula geral concebida em termos amplos

b) it is not a matter of common usage.

(3) A risk of damage may be significant having regard to the seriousness or the likelihood of the damage.

(4) This Article does not apply to an activity which is specifically subjected other provision of these Principles or any other national law or international convention.

Art. 5:102 Other Strict Liabilities

(1) National laws can provide for further categories of strict liability for dangerous activities even if the activity is not abnormally dangerous.

(2) Unless national law provides otherwise, additional categories of strict liability can be found by analogy to other sources of comparable risk of damages.

(que em boa medida visa evitar lacunas). A analogia só ganhará verdadeira utilidade ao admitir-se outras hipóteses (para aquilo que directamente nos interessa, de responsabilidade pelo risco) para além daquelas susceptíveis de directamente se integrarem na cláusula geral (assim sucede nos PECL, que para mais se restringem a cláusula geral às actividades anormalmente perigosas, através da remissão para as legislações nacionais), e como modo de concretizar o conteúdo desta (cfr. o que de seguida se diz sobre o Art. 50, 2, parte final, do *Avant-projet* suíço).

O caminho da consagração de uma cláusula geral fora já antes, e de modo mais decidido, abraçado no *Avant-projet* suíço (no qual de resto se inspiraram os PETL), cujo Art. 50²¹ erige uma cláusula geral de responsabilidade pelo risco no domínio de actividades especialmente perigosas (“spécifiquement dangereuse”, “particolarmente pericolosa”, “besonders gefährlich”, segundo as várias versões), quando o dano resulte da realização do seu risco característico ou típico, isto é, derivado da sua natureza ou das propriedades das substâncias, instrumentos, ou energias utilizados. Tal responsabilidade impenderá sobre a pessoa que explore essa actividade, isto é, a controle quanto à sua organização e de um ponto de vista económico. Uma actividade ter-se-á por “especialmente perigosa” em atenção a dois elementos: um objectivo, consistindo na aptidão para causar danos frequentes ou graves; e outro subjectivo, traduzido no carácter inevitável do perigo, mesmo usando-se de toda a diligência exigível a um técnico ou pessoa especializada. Isso será especialmente de aceitar, segundo o Art.

²¹ Art. 50

III. Responsabilité pour risque

1. La personne qui exploite une activité spécifiquement dangereuse est tenue de réparer le dommage du à la réalisation du risque caractérisé que celle-ci comporte, même s’il s’agit d’une activité tolérée par l’ordre juridique.

2. Est réputée spécifiquement dangereuse l’activité qui, par sa nature ou par celle des substances, instruments ou énergies utilisés, est susceptible, en dépit de toute la diligence qu’on peut exiger d’une personne spécialisée en la matière, de causer de fréquents ou de graves dommages; tel est notamment le cas lorsqu’une loi institue une responsabilité spéciale a raison d’un risque comparable.

3. Sont réservées les dispositions spéciales régissant la responsabilité en raison d’un risque caractérisé déterminé.

50, 2, parte final, quando para um risco semelhante ou comparável já serve de fundamento a uma responsabilidade (pelo risco) especial (abrindo-se assim a porta à analogia, pelo menos para integrar o conteúdo dos conceitos indeterminados presentes na cláusula geral do Art. 50, 1). Ressalvam-se, por fim, as disposições especiais de responsabilidade pelo risco (Art. 50, 3).

Por seu lado, o *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrecht* (assinalar-se-á que o Código civil austríaco actual, de resto muito antigo, não contempla directamente a responsabilidade pelo risco – e para mais aí para a aferição da culpa costuma lançar-se mão de um critério subjectivo” –, mas esta está prevista para certas coisas ou actividade perigosas em lei especiais, que, de resto, uma jurisprudência quase constante, que já remonta a 1947, entende generalizáveis por analogia, embora sem chegar a formular um princípio geral) enveredou por estabelecer duas cláusulas gerais, em função do grau de perigosidade revelado pela coisa ou actividade em questão²².

Assim, o § 1302 contempla uma responsabilidade objectiva por

²² 3. Abschnitt – Gefahrdungshaftung
Haftung für Quellen hoher Gefahr
§ 1302

(1) Der Halter einer Quelle hoher Gefahr haftet, soweit sich diese in einem Schaden verwirklicht. Wer Halter ist, richtet sich darnach, wer ein besonderes Interesse an der Gefahrenquelle hat, die Kosten trägt und die tatsächliche Verfügungsgewalt ausübt.

(2) Eine Quelle hoher Gefahr liegt vor, wenn eine Sache als solche, ihr gewöhnlicher Gebrauch oder eine Tätigkeit trotz Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt das Risiko häufiger oder schwerer Schäden mit sich bringt. Quellen hoher Gefahr sind insbesondere Kernanlagen, Staudämme, Öl-, Gas- und Starkstromleitungen, Munitionsfabriken und –lager, ferner Luftfahrzeuge, Eisen- und Seilbahnen, Motorfahrzeuge und Motorboote sowie Bergbau und Sprengungen.

(3) Die Haftung kann ausgeschlossen sein, Wenn der Schaden durch höhere Gewalt oder trotz Mangelfreiheit der Sache und höchstmöglicher Sorgfalt (unabwendbares Ereignis) verursacht wird. Gleiches gilt, wenn der Geschädigte in die Schädigung einwilligt oder die Gefahr auf sich nimmt. Ob ein derartiger zu berücksichtigen ist, hängt vor allem von seinem Gewicht und vom Grad der Gefährlichkeit, insbesondere in der konkreten Situation, ab. In Fällen besonderer Gefährlichkeit kann die Haftung auch bloß gemindert werden.

Erhöhte Gefahr

§ 1303

(1) Der Halter einer Quelle erhöhter Gefahr, die nicht das in § 1302 Abs 2 vorausgesetzte Ausmaß erreicht, haftet, soweit sich diese in einem Schaden verwirklicht und er nicht beweist, dass die zur Abwendung des Schadens erforderliche Sorgfalt aufgewendet wurde. Gleiches gilt, wenn jemand durch seine Tätigkeit eine solche Gefahr schafft.

(2) Eine erhöhte Gefahr kann insbesondere durch Tiere, Bauwerke, Motorfahrzeuge mit niedriger Höchstgeschwindigkeit oder Tätigkeiten wie Rad- und Schifahren mit höherer Geschwindigkeit hervorgerufen werden.

“Quellen hoher Gewalt”, recaído sobre o “detentor” de uma coisa ou actividade extraordinariamente perigosas, a que inere, portanto, o risco de frequentes e pesados danos, mesmo sendo utilizado o maior cuidado ou diligência. Na enumeração exemplificativa contida no § 1302(2), incluem-se instalações nucleares, barragens, condutas de combustíveis, de gás ou de electricidade de alta tensão, fábricas e depósitos de munições, veículos aéreos de longa distância, veículos sobre carris, teleféricos, veículos motorizados (de circulação terrestre), navios motorizados, assim como exploração de minas e explosões.

E o § 1303 consagra uma responsabilidade quase-objectiva (uma “mildere Gefährdungshaftung”) por “Quellen erhörter Gefahr”, recaído sobre o “detentor” de coisa ou actividade que represente um perigo superior ao normal, mas sem atingir um grau de perigosidade extremo. Um “erhörter Gefahr” pode provir, nomeadamente, de um animal, de um edifício, de veículo motorizado que apenas atinja velocidades baixas, ou de actividades como andar de bicicleta ou esquiatar com elevada velocidade. Trata-se de uma “forma intermédia”, sediada entre a responsabilidade pelo risco e a responsabilidade por culpa, pois concede-se ao “detentor” a possibilidade de se desonerar provando que utilizou o necessário cuidado ou diligência para evitar os danos (ao lado de tais hipóteses prevê-se ainda uma “Unternehmungshaftung”, no § 1304, mas que não constitui propriamente uma responsabilidade pelo risco, como já se assinalou).

Para encerrar este pequeno périplo sobre tais propostas de *lege ferenda*, haverá que referir que “limites” (para além, claro, daqueles que resultam da própria *Schutzzweck* und *Schutzbereich* da norma que institui a responsabilidade, mormente de ter de ser o dano decorrente do risco típico ou inerente à actividade em causa, e de outras causas de exclusão gerais da responsabilidade, mormente do consentimento do lesado e da assunção do risco por este) estão consagra-

dos nos PETL, no Art. 7:102²³, onde se exclui ou modera a responsabilidade objectiva nos “casos de força maior” e perante facto de terceiro (prevendo-se, neste último caso, dando-se apenas a redução da responsabilidade objectiva, uma responsabilidade solidária). A exclusão ou redução da responsabilidade resultará da ponderação da influência externa e dos objectivos da responsabilidade em causa (tal como o Art. 3:201 os enuncia²⁴). A ideia fundamental será a de que,

²³ Art. Art. 7:101. *Defence Based on Justification*

(1) Liability can be excluded if and to the extent that the actor acted legitimately

a) in defence of his own protected interest against an unlawful attack (self-defence b) under necessity,

c) because the help of the authorities could not be obtained in time (self-help),

d) with the consent of the victim, or where the latter has assumed the risk of being harmed, or

e) by virtue of lawful authority, such as a licence.

(2) Whether liability is excluded depends upon the weight of these justifications on the one hand and the conditions of liability on the other.

(3) In extraordinary cases, liability may instead be reduced.

Art. 7:102 Defences Against Strict Liability

(1) Strict liability can be excluded or reduced if the injury was caused by an unforeseeable and irresistible

a) force of nature (force majeure), or

b) conduct of a third party.

(2) Whether strict liability is excluded or reduced, and if so, to what extent, depends upon the weight of the external influence on the one hand and the scope of liability (Art. 3:20.1) on the other.

(3) When reduced according to paragraph (1)(b), strict liability and any liability of the third party are solidary in accordance with Art. 9:101 (1)(b).

²⁴ Art. 3:201 *Scope of Liability*

Where an activity is a cause within the meaning of Section 1. of this Chapter, whether and to what extent damage may be attributed to a person depends on factors such as

a) the foreseeability of the damage to a reasonable person at the time of the activity, taking into account in particular the closeness in time and space between the damaging activity and its consequences, or the magnitude of the damage in relation to the normal consequences of such an activity;

b) the nature and the value of the protected interests (Article 2:102);

c) the basis of liability (Article 1:101);

d) the extent of the ordinary risks of life; and

e) the protective purpose of the rule that has been violated.

Art. 2:102 Protected Interests

(1) The scope of protection of an interest depends on its nature; the higher its value, the precision of its definition and its obviousness, the more extensive is its protection.

(2) Life, bodily or mental integrity, human dignity and liberty enjoy the most extensive protection.

(3) Extensive protection is granted to property rights, including those in intangible property.

(4) Protection of pure economic interests or contractual relationships may be more limited in scope. In such cases, due regard must be had especially to the proximity between the actor and the endangered person, or to the fact that the actor is aware of the fact that he will cause damage even though his interests are necessarily valued lower than those of the Victim.

(5) The scope of protection may also be affected by the nature of liability, so that an interest may receive more extensive protection against intentional harm than in other cases.

(6) In determining the scope of protection, the interests of the actor, especially in liberty of action and in exercising his rights, as well as public interests also have to be taken into consideration.

quanto mais alto o risco, menor será a possibilidade de exoneração. Por isso, nas hipóteses do Art. 5:101 (1) dificilmente chegará a intervir uma causa de exclusão de responsabilidade.

E também no *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrecht*, no § 1302(3), encontraram assento em termos semelhantes tais “limites” da responsabilidade, como o “caso de força maior”, o consentimento do lesado ou a sua assunção do risco, mandando-se ponderar, em face da concreta situação, sobretudo o peso de tais “excepções” e o grau de perigosidade presente. Nos casos de especial perigosidade, a responsabilidade poderá, eventualmente, ser apenas atenuada.

Por fim, no *Avant-projet* suíço não se prevê nenhum “limite” ou “causa de exclusão” específico para a responsabilidade pelo risco. Mas nas regras gerais relativas à fixação da indemnização e à sua extensão, o Art. 52 determina que o tribunal fixará aquela em função das circunstâncias do caso, entre as quais se inclui a intensidade do risco imputável ao responsável (interessa ainda mencionar que, nos termos do Art. 51a ²⁵, uma eventual “culpa adicional” da pessoa responsável pelo risco é susceptível de ser tida em conta). Excepcionalmente, entre os factores a ponderar estará a situação económica das partes, especialmente o facto de estas (significativamente referem-se ambas as partes) estarem cobertas por um seguro.

Notar-se-á que em nenhum das propostas referidas se fixam montan-

²⁵ Art. 51a

2. *Faute additionnelle*

1. Lorsque le comportement fautif de la personne exploitant une activité spécifiquement dangereuse ou d'une personne dont elle répond a contribué à la survenance ou à l'aggravation du dommage, il sera pris en compte comme faute additionnelle dans la fixation de la réparation (art. 52) et dans la répartition de celle-ci entre plusieurs personnes responsables (art. 53a et 53c). 2. Cette règle s'applique par analogie aux autres cas où la loi prévoit que la responsabilité d'une personne est engagée indépendamment d'une faute.

Art. 52

E. *Fixation de la réparation*

I. *Etendue de la réparation*

1. Le tribunal fixe l'étendue de la réparation d'après les circonstances ; il tient notamment compte de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé imputables tant à la personne responsable qu'à la personne lésée, ainsi que des mesures prises par cette dernière pour écarter ou réduire le dommage.

2. Le tribunal peut, à titre exceptionnel, tenir compte également de la situation économique des parties, notamment du fait qu'elles sont couvertes ou non par une assurance.

tes máximos indemnizatórios (de acordo com o que parece ser a orientação doutrinal actual que julga mais conveniente, por mais flexível, a possibilidade de mitigação da indemnização do que a indicação de montantes indemnizatórios máximos; também a análise económica do direito” aponta para a “ineficiência” provocada pela introdução de tais limites).

26. Retomando o nosso tema, juntar-se-á, contra a fundamentação da responsabilidade do comitente na ideia de risco, que vimos pondo em tela de juízo, que mal se compreende o direito de regresso deixado ao comitente contra o comissário. Aquele não suportará definitivamente o peso da indemnização devida, atento o direito de regresso que aquele goza. Afinal, o risco que impende sobre o comitente é o da insolvência do comissário, e não propriamente o risco da actividade desenvolvida por este.

27. Outros complementares ou adjuvantes fundamentos da responsabilidade objectiva do comitente têm sido ensaiados.

Um deles consiste na indicação de que lhe cabe um papel de garante, aspecto que já atrás ficou estabelecido. Porém, logo aqui se depara com uma dificuldade (de princípio): uma coisa é apontar, em termos gerais, assumir a responsabilidade do comitente a função (prática) de garantia para o lesado da solvabilidade do comissário, função que inequivocamente o legislador quis e a lei consagra; outra, bem diferente é erigi-la em justificação ou fundamento da solução legal. Pois o que, justamente, precisa de ser aclarado é por que motivo – e qual aqui (por exemplo, e desde logo, em relação à utilização de coisas) a especial necessidade de tal solução – há-de o comitente ser constituído como garante da indemnização do lesado; e, por outro lado, mostrar quando e em que termos há-de jogar a ideia de garantia. Como se observa, o risco de sofrer danos causados por quem não tem possibilidade económica de os ressarcir (nem possui um seguro que

cubra tais danos) impende de uma maneira geral sobre qualquer lesado. Daí constatar-se que esta doutrina “é mais descritiva que explicativa” (RUI DE ALARCÃO).

Aliás, as objecções à ideia de risco como fundamento da responsabilidade do comitente podem, em parte, também a este propósito ser reproduzidas.

28. Tão-pouco se afigura muito persuasivo o argumento de que, a não estatuir a lei tal sorte de responsabilidade, o *dominus* poderia minorar a sua responsabilidade utilizando pessoas menos experiente e hábeis que ele próprio. Ou, paralelamente, a ponderação de que pela instituição de uma responsabilidade agravada (que, de resto, corresponderia melhor a uma presunção de culpa) se visa prevenir danos, tornando os comitentes mais atentos e vigilantes.

Desde logo, e como já se aludiu, eventualmente o *dominus* responderá em muitas dessas hipóteses nos termos do art. 483.º, ao existir *culpa in eligendo*. Depois, dificilmente o comitente terá presente, ao escolher o comissário, a sua eventual responsabilidade por força do art. 500.º. Para o que concorre ainda, decisivamente, a (crescente) “despersonalização” da relação comitente-comissário em muitos domínios. Demais, a ideia de prevenção, como função da responsabilidade civil, não representa propriamente, só por si, um fundamento ou razão (suficientes) de imputação de danos.

29. Chegados aqui, convém todavia referir que uma solução como a do direito alemão, fazendo depender a responsabilidade do comitente de culpa sua presumida na escolha ou vigilância do comissário, conquanto mais intuitiva na sua fundamentação, também não está isenta de inconvenientes e insuficiências.

O que se demonstra pela “deriva”, aí ocorrida, para uma “solução contratual” de muitas situações de índole extracontratual. Basta invocar as figuras e institutos, criação jurisprudencial ou doutrinal, mas

depois da Reforma de 2002 quase todos pasmados na lei, da *culpa in contrahendo* (agora expressamente prevista no § 311 II BGB²⁶), dos “deveres laterais”, “deveres de conduta” ou “deveres de protecção” no âmbito contratual (os quais – com a sua matriz na boa fé e, hoje, com assento no § 241 II BGB²⁷ – visam sobretudo o “Integritätsinteresse” da contraparte, e, sem serem exigíveis autonomamente, dão lugar, no caso da sua violação, a uma pretensão indemnizatória pelos danos causados, e eventualmente a um direito de resolução), dos contratos com eficácia de protecção para terceiros (figura cuja base – superada a tentativa de a filiar no contrato a favor de terceiro, e antes da sua expressa consagração, inclusive, para os deveres pré-contratuais – se tentava encontrar na integração contratual e no princípio da boa fé; a admissão de um “Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte” supõe que o “terceiro” se situe na esfera de protecção do contrato em causa, e assim esteja sujeita, em termos semelhantes ao credor, exposto aos riscos provenientes do incumprimento – “Leistungsnähe” –, que o credor seja responsável, ou pelo menos tenha um interesse legítimo nisso, pela protecção dessa pessoa – “Gläubigernähe” –, que tais circunstâncias fossem reconhecíveis para devedor aquando do surgimento da relação obrigacional – “Erkennbarkeit” –, e que o terceiro careça de tal tutela – “Schutzbedürftigkeit”). Esse caminho trilhado na Alemanha resulta, como se sabe, em grande par-

²⁶ § 311 *Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse*

(1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

(2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch

1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,

2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder

3. ähnliche geschäftliche Kontakte.

(3) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.

²⁷ § 241 *Pflichten aus dem Schuldverhältnis*

(1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

te (como outras razões de tal “atração” do direito contratual, pesa-
rão ainda a não ressarcibilidade de danos patrimoniais puros e o rela-
tivamente curto prazo de prescrição, no domínio delitual), de se que-
rer contornar a possibilidade de desculpação do comitente prevista no
§ 831 do BGB, mas inexistente no § 278, para a responsabilidade
contratual. São, de resto, ainda outras as diferenças que afastam
este último preceito daquele outro, as quais vale a pena aqui relem-
brar, na síntese de H. BROX: o § 278 pressupõe uma relação obriga-
cional pré-existente; não representa um fundamento autónomo de
pretensão, supondo a verificação da violação de um dever obrigacio-
nal; institui uma responsabilidade por culpa de outrem, e não por
culpa própria; e não requer qualquer relação de dependência do auxi-
liar de cumprimento. Salientar-se num plano mais teórico que o §
831 está muito próximo de uma responsabilidade por facto (comissi-
vo ou omissivo, consoante se atenda à escolha e utilização do auxiliar
ou à não vigilância deste) próprio culposo (como uma *mittelbare Ver-
schuldenshaftung* designa-o H. WESTERMANN, preferindo tal designação
à também possível expressão *mittelbares Handeln*). Contudo aí está
ainda em causa um facto ilícito danoso de outrem. Pelo que também
de imputação se pode falar. Tratar-se-á, ainda na terminologia de H.
WESTERMANN, de uma *Zusammenrechnung der Tatbestandteile* (contra
decididamente, por exemplo, HANS OLDENBORG, indicando que se trata
de uma “Haftung für eigene mittelbare fahrlässige Verursachung”,
uma forma de autoria mediata, esgotando-se a função do § 831 na
regulamentação do ónus da prova para uma modalidade especial do
comportamento ilícito e culposo subsumível no § 823; outros autores,
como por exemplo, K. LARENZ / C.-W. CANARIS, e à posição destes ain-
da voltaremos, indicam que o § 831 do BGB constitui um exemplo
paradigmático da problemática de uma *mittelbaren Verletzung*, e
vêem no preceito consagrada uma responsabilidade por violação pre-
sumida de um *Verkehrspflicht* – cujo conteúdo seria o de que não se
deve utilizar um auxiliar pouco digno de confiança ou inadequado –, a

que associaria ainda a presunção de culpa). Assim, o § 831 conterà simultaneamente “a norma de imputação” e “a norma de responsabilidade”.

30. *A latere*, observe-se que uma “estrutura” análoga, mas aqui assente decididamente a violação do dever numa omissão, mostra, entre nós, o art. 491.º (e na Alemanha, o § 832 do BGB²⁸), ao instituir uma responsabilidade vicarial das pessoas obrigadas à vigilância de outrem, que supõe, por um lado, a inobservância do dever de vigilância (é duvidoso se a presunção opera tanto no plano do *Tatbestand* como no plano da culpa) e, por outro, um facto danoso do imputável.

Uma orientação próxima, nesta matéria, seguem a maioria das legislações europeias e a ela permaneceram fiéis os PETL, no seu Art. 6:101. Exceptuar-se-á a Áustria (cfr. § 1309 ABGB²⁹), onde a responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem (mormente dos pais em relação aos filhos com menos de 14 anos – cfr. § 153) supõe a prova pelo lesado da culpa daquelas (igual orientação mantém o *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrecht*, no § 1308³⁰, embora aí se faça responder as pessoas que não tenham vigiado convenientemente outrem, mesmo quando seja possível demandar o lesante, sendo então a responsabilidades solidária). E a

²⁸ § 832 *Haftung des Aufsichtspflichtigen*

(1) Wer kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über eine Person verpflichtet ist, die wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustands der Beaufsichtigung bedarf, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den diese Person einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt oder wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde.

(2) Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher die Führung der Aufsicht durch Vertrag übernimmt.

²⁹ § 1309

Außer diesem Falle gebührt ihm der Ersatz von denjenigen Personen, denen der Schade wegen Vernachlässigung der ihnen über solche Personen anvertrauten Obsorge beigemessen werden kann.

³⁰ *Haftung von Aufsichtspersonen*

§ 1308

Aufsichtspersonen haften für das Fehlverhalten der ihnen anvertrauten Personen, wenn sie ihre Pflichten schuldhaft vernachlässigen. Soweit die Aufsichtspersonen für das unverschuldete Fehlverhalten von Unmündigen oder von Personen, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, Ersatz leisten müssen und können, steht dem Geschädigten kein Anspruch gegen diese Personen zu.

Inglaterra, país no qual, na falta de qualquer apórita regulamentação sobre o ponto, o ónus da prova da culpa das pessoas obrigadas à vigilância de outrem igualmente impenderá sobre o lesado (note-se todavia que o direito inglês faz responder em termos bastante latos as crianças pelo danos que causem, estando aliás generalizado um sistema de “seguros familiares” com cobertura de tais danos).

Contudo, uma responsabilidade objectiva, e reportando-nos à hipótese típica da responsabilidade dos pais pelos actos dos filhos, foi consagrada recentemente no Art. 6:169 do BW, para os actos dos menores de 14 anos (os quais, de resto, serão inimputáveis, segundo o Art. 6:164), respondendo os pais todavia por culpa presumida, se o filho tem entre 14 e 16 anos, e por culpa efectiva, tendo este entre 16 e 18 anos.

De resto, a um resultado semelhante já se tinha chegado em Itália com a criação *praeter legem* de uma *culpa in educando* presumida e de ilisão muitíssimo difícil. E, anterior e mais decididamente, tinha transitado para um tal “modelo” o direito francês, ao passar a jurisprudência a entender, depois do célebre *arrêt Bertrand*, de 19/2/1977, que o art. 1384, 7, do Code Civil consagra uma *responsabilité de plein droit*, apenas excluída em caso de força maior ou culpa da vítima (e que até parece prescindir da “hipotética” *faute* do menor).

No direito português, no art. 491.º, deparamos (e continuando a usar a terminologia que anteriormente firmámos) quer com uma “extensão da responsabilidade” (pois a incapacidade natural do autor do facto danoso não implica necessariamente a sua inimputabilidade), sendo responsáveis (solidariamente) o incapaz e as pessoas obrigadas à sua vigilância, quer com uma “translação da responsabilidade”, no caso de, no momento da prática do acto, aquele se mostrar incapaz de culpa. Nesta última situação, prescinde-se obviamente – tal apreciação não teria aqui sentido – da culpa do lesante. Mas a actuação danosa terá ainda de ser qualificada como culposa, num “juízo

hipotético” onde se suporá ter sido ela praticada por um imputável. O que pode levar a excluir a “culpa”, mas também implicará, por exemplo, a consideração de uma presunção de culpa que, em termos gerais, fosse aplicável (incertos são os termos de uma “capacidade delitual pelo risco”, e se as pessoas obrigadas à vigilância de outrem respondem quando esteja em causa tal título de responsabilidade para aquele – em França a jurisprudência *Gesbaud* afirmou tal responsabilidade; o que à frente dizemos para o comitente não poderá ser transposto para o domínio do art. 491.º, porque se trata aqui de uma responsabilidade por culpa presumida e porque o “incapaz” não estará, muitas vezes, em condições de controlar, ele próprio, o risco). Demais, eventualmente, esta “translação” da responsabilidade é “reversível”, pois, a não se poder efectivar a indemnização perante as pessoas obrigadas à vigilância, será o imputável chamado a responder (nos termos do art. 489.º). Ele responde agora por um facto danoso próprio (e, paralelamente ao que acima acabámos de observar, nos termos em que responderia uma pessoa sobre a qual pudessem incidir um juízo de culpa; é difícil sustentar que a sua responsabilidade se mantém se, embora imputável, não se puder afirmar, atendendo nomeadamente à sua idade, que actuou com culpa), imputado com base em considerações de equidade, dependendo a sua responsabilidade da inviabilidade (discutindo-se se, ao lado da “inviabilidade jurídica”, decorrente da ilisão da presunção de culpa ou da mostraçãõ de que os danos igualmente se produziriam apesar da observância do dever de vigilância, ainda haverá que considerar a “inviabilidade prática”, derivada de a pessoa obrigada à vigilância carecer de meios suficientes para satisfazer a indemnização) da imputação do mesmo facto à pessoa obrigada à vigilância (nos moldes cautelosos em que dissemos poder também aqui falar-se de imputação de um facto alheio).

31. Voltando ao § 831 do BGB, observar-se-á ainda que, desde muito cedo, se fez sentir a necessidade de uma “interpretação correctiva”,

operada por via do seu desenvolvimento jurisprudencial e doutrinal (alude-se mesmo a “um arsenal de instrumentos desenvolvidos para contornar a fraqueza de concepção do § 831”).

Sem podermos seguir aqui tal evolução, notar-se-á apenas que a responsabilidade do *dominus* foi progressivamente alargada pela construção de um “dever de controlo geral” que sobre ele impendia: não circunscrito, portanto, à escolha e à “condução” do “Gehilfe”, como a letra da lei sugere, mas abrangendo a vigilância e instrução diligente, incluindo afinal os casos em que o *dominus* efectivamente não dirige a actuação do comissário. Na mesma linha se insere a superação da possibilidade, em determinada altura admitida pela jurisprudência, da chamada “ilisão de culpa descentralizada”. O *leading case* inicial, onde o BGH aceitou semelhante “forma de desculpação”, dizia respeito a um empregado de uma exploração agrícola que tinha provocado culposamente, com um cavalo, danos a um terceiro, tendo o proprietário provado que escolhera criteriosamente o “administrador” da propriedade, o qual, por sua vez, tinha contratado o trabalhador e estava encarregado de o vigiar. Nos moldes dessa orientação, numa empresa bastaria ao proprietário ou patrão mostrar a inexistência de culpa sua quanto aos “quadros superiores”. Rapidamente se deu, porém, conta que isso se traduziria afinal num “privilegio” para as “grandes empresas”. Donde, de algum tempo a esta parte, os tribunais alemães considerarem necessária a ilisão da presunção de culpa em relação a todas as pessoas que detêm responsabilidade na organização da empresa. Processo que culminou na construção de uma “culpa de organização” para estruturas empresariais e similares.

Quanto a este último aspecto, significativamente, registar-se-á a semelhante evolução *prater legem* a que a jurisprudência suíça procedeu, plasmada numa “revolucionária” decisão do Tribunal Federal quem, em 1985, introduziu uma “responsabilidade da empresa por riscos organizacionais”, integrando na observância de “tous les soins

commandés par les circonstances pour détourner un dommage”, prescrita no Art. 55 do Code des Obligations uma *cura in organisando* (a par da tradicional *cura in eligendo, instruendo et custodiendo*), e tornando quase inviável a prova de que tal dever foi cumprido, ocorrido que seja um dano nesse âmbito. É, como se vê, duvidoso que o Tribunal Federal quisesse instituir um estrita responsabilidade risco, mas isso não importa demasiado em termos práticos (no mesmo terreno se parece mover, aliás, o Art. 49a do *Avant-projet* suíço, como já se observou).

Nos passos dados pela jurisprudência alemã a este propósito, avulta ainda a tentativa de exonerar o trabalhador dos danos causados a terceiros na actividade laboral, através de uma pretensão contratual em face do empregador (uma *Freistellungsanspruch*), precisamente com o conteúdo de este último dever assumir a responsabilidade em face do terceiro (pelo que já não aproveitará àquele, em termos práticos, a ilisão da presunção de culpa do § 831). Isto é assim, pelo menos para “trabalhos ou actividades perigosas”.

Já atrás descrevemos a orientação jurisprudencial análoga em França (aí até, aparentemente, para todo o âmbito das relações de comissão). Supomos que tal caminho também deveria ser trilhado em Portugal, onde igualmente não existe uma disposição expressa que isente o trabalhador de responder em face de terceiros, ou atenuie tal responsabilidade.

Outros problemas, envolvendo questões de ordem conceptual ou de construção jurídica, resultam da dissociação, no *Tatbestand* do § 831, da ilicitude e da culpa: ilícita há-de ser a actuação do *Gehilfe*, a culpa afere-se na pessoa do *Geschäftsherrn*. Irrelevante seria, portanto, a culpa daquele (o que nos trabalhos preparatórios aparece directamente justificado pela ideia de que o *dominus* não deveria poder utilizar inimputáveis, invocando, se estes causassem danos, a sua “irresponsabilização”). O que, claro, carece de ser entendido “habilmente” quando a própria actuação ilícita supõe o dolo (crime de burla ou

envenenamento, por exemplo). Nenhuma razão válida existe, então, para prescindir da realização dolosa do comportamento ilícito, pelo simples facto de se tratar de responsabilizar o comitente. Por outro lado, para quem entenda (e são bastantes no direito tudesco) que a violação do dever (objectivo) de cuidado integra a ilicitude (demais a ilicitude do comportamento do *Gehilfe*, no dizer do § 831, não parece ir referida exclusivamente ao resultado), o lesado teria de provar, pelo menos, que o *Gehilfe* actuou com inobservância do dever de cuidado, parecendo introduzir-se de novo, por via travessa, a questão da “culpa” deste. Claro que, como previne J. ESSER, quando o preposto actuou “diligentemente” e mesmo assim causou danos, a escolha (ou vigilância) porventura indevida do *dominus* não aparecerá como causal para o dano por aquele produzido, podendo então este exonerar-se de responsabilidade mostrando que mesmo que tivesse escolhido (ou vigiado) correctamente aquele os danos se teriam igualmente produzido (cfr. § 832, I, 2). Mas aí o ónus da prova será seu. Também K. LARENZ / C.-W. CANARIS advertem que o § 831 carece de uma correcção teleológica ao sugerir a sua letra que se prescinda da culpa do comitente, quando se trate da componente da violação do dever de cuidado exigível no tráfico jurídico. Os elementos da culpa na pessoa do *Gehilfe* só se poderiam justificadamente dispensar, no entender dos mesmos autores, quando exista uma conexão interna ou material entre a utilização daquele e a ausência de culpa sua – tratando-se, por exemplo, de um inimputável ou de alguém a quem faltam os conhecimentos ou capacidades que outro *Gehilfe* ou o *dominus* possuiriam (no que não se prescindiria, porém, de apurar do carácter culposos da actuação, a ter ela sido levada a cabo por um imputável com os conhecimentos e as qualidades necessários).

No fio de ideias acima exposto, surgiu inclusive a tentação, em que a jurisprudência alemã “caiu”, de estender a inversão do ónus da prova à própria “culpa” no comportamento do lesado. Semelhante solução parece, no entanto, contrariar (ou ultrapassar) a *ratio* do § 831, ao

colocar o *dominus* em pior posição do que aquela em que estaria se ele próprio tivesse actuado. Seja como for, naquelas situações já anteriormente reportadas em que o *dominus* possui conhecimentos técnicos ou especiais que o *Gehilfe* não detém, mesmo os partidários da inclusão do dever de cuidado na ilicitude admitem que a *ratio* da inversão do ónus da prova tem aí todo o sentido.

No fim destes sumários apontamentos em volta do § 831 do BGB, cumpre referir que tal preceito está hoje em grande parte desfigurado: já não corresponde à sua concepção inicial, ao consagrar uma responsabilidade por culpa presumida. Vários autores (entre eles, K. LARENZ / C.-W. CANARIS) entendem mesmo, como já se deu conta, que os deveres que ele faz impender sobre o *Geschäftsherrn* correspondem antes, segundo a sua função e estrutura, a um verdadeiro *Verkehrspflicht* (cuja violação se presume). O qual se poderia condensar da seguinte forma: ninguém deve utilizar *Gehilfe* inadequados ou que não sejam dignos de confiança (indicando-se ainda que no § 831 se incluem, ao invés do que sucede no âmbito do § 823 I ³¹, os “danos patrimoniais primários”). E, muitas vezes, como já se indicou, semelhantes deveres de cuidado ou de segurança no tráfego ganham uma tal amplitude e intensidade que se perde qualquer referência real à culpa ou censurabilidade, sendo esta meramente ficcionada (objectivando-se, assim, a responsabilidade).

A despeito das dificuldades experimentadas, e em parte atrás descritas, e das vozes clamando pela correcção da “possibilidade de desculpação” do *Geschäftsherrn*, a consagração legal de uma responsabilidade objectiva daquele nunca teve vencimento (mesmo depois da profunda reforma recentemente empreendida do direito das obrigações a situação anterior permaneceu incólume), muito fruto das

³¹ § 823 Schadensersatzpflicht

(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

objecções que acima se expuseram. Sobretudo entende-se dever o regime do § 831 continuar no essencial a reger a “pequena comissão” e as actividades das pequenas empresas (que é raro celebrarem contratos de seguro de responsabilidade civil; “considerações económicas” – a eventual ruína de pequenos agricultores e empresas – tinham já sido destacadas, nos trabalhos preparatório do BGB, contra uma responsabilidade objectiva do “comitente”).

32. Já a solução do direito civil austríaco aponta num sentido restritivo (no domínio da “pequena comissão”; enquanto a responsabilidade do “empresário”, no âmbito de actividades perigosas, há muito que ultrapassa, segundo jurisprudência firmada, os termos da responsabilidade do comitente que a seguir expomos) – e quanto a nós o certo – ao (só) instituir, segundo o § 1315 do ABGB³², a responsabilidade (objectiva, segundo o entendimento de jurisprudência) de quem se serve de uma “untüchtigen” pessoa para levar a cabo certa actividade pelos danos por esta causados no desempenho dessa (concreta) função em função precisamente de tal “inabilidade” (na outra hipótese prevista no mesmo preceito – utilização consciente de uma pessoa perigosa – trata-se, no fundamental, de casos de *culpa in eligendo* do comitente, e depende portanto do seu conhecimento ou dever de conhecer da perigosidade do auxiliar). Haverá, então, uma “falha” na esfera do comitente que constitui precisamente a razão de ser de tal responsabilidade (F. BYDLINSKI; outros casos de responsabilidade vicarial expressamente previstos no direito austríaco – como por exemplo os contemplados nos § 1314, § 1318, § 1319a, III, ABGB³³, e, no

³² § 1315

Überhaupt haftet derjenige, welcher sich einer untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person zur Besorgung seiner Angelegenheiten bedient, für den Schaden, den sie in dieser Eigenschaft einem Dritten zufügt.

³³ § 1314

Wer eine Dienstperson ohne Zeugnis aufnimmt oder wissentlich eine durch ihre Leibes- oder Gemütsbeschaffenheit gefährliche Person im Dienste behält oder ihr Aufenthalt gibt, haftet dem Hausherrn und den Hausgenossen für den Ersatz des durch die gefährliche Beschaffenheit dieser Personen verursachten Schadens.

§ 1318

domínio contratual ou a ele associados, § 970 e § 1313a ABGB³⁴ – ficam aqui fora de consideração).

Em termos semelhantes, sedimentando as soluções da lei e o entendimento jurisprudencial (no sentido de impor expressamente um dever de vigilância, de inverter o ónus da prova da “falha” ou “culpa” do *dominus*, sendo este uma empresa, e de, no domínio de uma actividade perigosa, aquele responder sempre pelo comportamento deficiente do “Besorgungsgehilfe”), dispõe o *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrecht* no seu § 1306.

Wird jemand durch das Herabfallen einer gefährlich aufgehängten oder gestellten Sache; oder, durch Herauswerfen oder Herausgießen aus einer Wohnung beschädigt; so haftet derjenige, aus dessen Wohnung geworfen oder gegossen worden, oder die Sache herabgefallen ist, für den Schaden.

6a. durch einen Weg

§ 1319a.

(1) Wird durch den mangelhaften Zustand eines Weges ein Mensch getötet, an seinem Körper oder an seiner Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so haftet derjenige für den Ersatz des Schadens, der für den ordnungsgemäßen Zustand des Weges als Halter verantwortlich ist, sofern er oder in seiner Leute den Mangel vorsätzlich oder grobfahrlässig verschuldet hat. Ist der Schaden bei einer unerlaubten, besonders durch widmungswidrigen, Benützung des Weges entstanden und die Unerlaubtheit dem Benützer entweder nach der Art des Weges oder durch entsprechende Verbotsschilder, eine Absperrung oder eine sonstige Absperrung des Weges erkennbar gewesen, so kann sich der Geschädigte auf den mangelhaften Zustand des Weges nicht berufen.

(2) Ein Weg im Sinn des Abs. 1 ist eine Landfläche, die von jedermann unter den gleichen Bedingungen für den Verkehr jeder Art oder für bestimmte Arten des Verkehrs benützt werden darf, auch wenn sie nur für einen eingeschränkten Benützerkreis bestimmt ist; zu einem Weg gehören auch die in seinem Zug befindlichen und dem Verkehr dienenden Anlagen, wie besonders Brücken, Stützmauern, Futtermauern, Durchlässe, Gräben und Pflanzungen. Ob der Zustand eines Weges mangelhaft ist, richtet sich danach, was nach der Art des Weges, besonders nach seiner Widmung, für seine Anlage und Betreuung angemessen und zumutbar ist.

(3) Ist der mangelhafte Zustand durch Leute des Haftpflichtigen verschuldet worden, so haften auch sie nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.

³⁴ *Gastaufnahme*

§ 970

(1) Gastwirte, die Fremde beherbergen, haften als Verwahrer für die von den aufgenommenen Gästen eingebrachten Sachen, sofern sie nicht beweisen, dass der Schaden weder durch sie oder einen ihrer Leute verschuldet noch durch fremde, in dem Hause aus- und eingehende Personen verursacht ist. Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hat der Richter nach den Umständen zu entscheiden, ob und in welcher Höhe ein Ersatz gebührt.

(2) Als eingebracht gelten die Sachen, die dem Wirte oder einem seiner Leute übergeben oder an einen von diesen angewiesenen oder hierzu bestimmten Ort gebracht sind. Ebenso haften Unternehmer, die Stallungen und Aufbewahrungsräume halten, für die bei ihnen eingestellten Tiere und Fahrzeuge und die auf diesen befindlichen Sachen.

(3) Den Wirten werden gleich gehalten die Besitzer von Badeanstalten in Rücksicht auf den üblicherweise eingebrachten Sachen der Badegäste.

§ 1313a.

Wer einem andern zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes.

EXCURSO

Depois de escrito o texto anterior, o autor foi levado a estudar, numa óptica geral, desprendido já, portanto, do concreto propósito da responsabilidade do comitente, o fenómeno da imputação jurídica, especialmente de factos de outrem. Resumidamente, mas talvez com alguma utilidade para a compreensão do que se disse, registam-se alguns aspectos muito genéricos e em forma abstracta.

Como se sabe, a expressão imputação, a qual de resto a nossa lei não define em parte alguma, assume múltiplos sentidos na linguagem jurídica (por exemplo, H. Kelsen, Teoria Pura do Direito, Coimbra, 1976, trad. port. da Reine Rechtslehre, Wien, 1960, págs. 119 e ss., empresta-lhe em termos gerais o sentido, que ainda tem atinência com aquele que seguidamente referiremos mas que dele se distancia explicitamente, da relação intercorrente entre pressuposto e consequência, ou sanção no sentido amplo que o autor empresta a tal conceito, nas normas jurídicas, opondo a esse propósito o princípio da causalidade das leis naturais ao princípio da imputação das proposições jurídicas). Num dos sentido mais correntes, fala-se em imputação como atribuição de determinados factos (juridicamente relevantes) a um sujeito jurídico com a possível consequência da sua responsabilização ou vinculação ou, mais em geral, em vista da produção de determinados efeitos para esse sujeito. Cfr., por todos, K. Lorenz, Richtiges Recht, München, 1979, págs. 95 e ss., e Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, Leipzig, 1927; E. Deutsch, Zurechnung und Haftung im zivilen Deliktsrecht, Festschrift für M. Honig, págs. 33 e ss.; C.-W. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München, 1971, págs. 467 e ss.; Joachim Hruschka, Strukturen der Zurechnung, Berlin, 1976; Paul Ricouer, Le juste, Paris, 1995; Johannes Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, Tübingen, 1981, págs. 106 e ss.).

Com o fenómeno e a sua extensão, mesmo apenas no âmbito do direito civil, está familiarizado qualquer jurista. Desde logo, com a "imputação objectiva", no "domínio da causalidade", atinente à questão de saber se determinado evento é atribuível a certo sujeito como sua actuação ou acto. Pretende-se aí delimitar a actuação própria do simples acaso. O que supõe claro que o facto se possa referir à vontade do eventual responsável (uma imputação do risco pode todavia também configurar-se, cfr. K. Larenz, Hegels Zurechnungslehre..., cit., págs. 103 e ss.; e C.-W. Canaris, op. cit., págs. 473 e ss., integrando o Risikoprinzip, ao lado do Veranlassungsprinzip e do Verschuldensprinzip, nos Zurechnungsprinzipien; J. Köndgen, op. cit., começando por notar que imputações estão omnipresentes na vida social, sendo decisivo para o efeitos as expectativas sociais de que género sejam, imputadas seriam porém apenas actuações com sentido, o que pressuporia a categoria da actuação;). Assim, o próprio comportamento (corporal) tem de ser imputado como actuação a um sujeito (excluindo-se, portanto, actos reflexos ou dominados por uma força irresistível, vis absoluta, e mais em geral todos os casos em que não exista a possibilidade de um comportamento alternativo). E haverá ainda que imputar os efeitos ulteriores da actuação. Aqui, não bastará, por regra, que a actuação seja uma condição necessária (condicio sine qua non) dos efeitos. Na valoração jurídica, poderá exigir-se, por exemplo, a adequação geral do facto para a ocorrência do "efeito" em causa (teoria da causalidade adequada) ou a elevação (significativa) do risco da ocorrência daquele último. Além disso, requerer-se-á ainda "uma imputação subjectiva", pertencente ao domínio da culpa (reprovabilidade). Tudo isto não precisa porém, para os nossos propósitos, de ser desenvolvido. Cfr., por todos, amplius, K. Larenz, Hegels Zurechnungslehre..., cit., pág. 60 e ss. (por referência a Kant, Metaphysik der Sitten, a conexão que aí se faz entre imputação e liberdade da personalidade moral), e Richtiges Recht, loc. cit.).

A imputação foi anteriormente referida ao domínio dos actos ilícitos. Todavia, seria errado circunscrever o fenómeno a esse âmbito (cfr. J. Binder, Philosophie des Rechts, Aalen, 1967 (reimp.), pág. 722; e C.-W. Canaris, op. cit., pág. 467 e s.).

Querendo-se, por conseguinte, pensar a técnica da imputação em termos gerais, logo se dará conta que ela assume relevância em vista da produção de efeitos jurídicos para certo sujeito (por isso se entende não estar o sentido que H. Kelsen, loc. cit., atribui à imputação radicalmente afastado daquele que anteriormente no texto se firmou). Cfr. E. Deutsch, op. cit., pág. 34, que fala a este propósito de carácter normativo da imputação, e assinala as consequências de tal perspectiva.

O que pressupõe, por princípio (o qual a ordem jurídica de um modo geral subentende dada a sua evidência), a realização dos elementos de determinada hipótese legal por esse sujeito: a não ser aquela preenchida por este, os efeitos não se dão para ele (aqui, portanto, os critérios da imputação coincidem ou integram-se em regra nos critérios de aplicação da norma).

Uma particular problemática, e era aqui que queríamos chegar, surge porém naquelas situações onde a um sujeito é imputada (juridicamente, superando portanto numa visão naturalística) a realização "de um outro modo" (maxime, por outro sujeito) do Tatbestand de certa norma (com o desencadeamento dos respectivos efeitos; trata-se aqui, note-se, de uma "imputação directa" e não reflexa). Agora será necessário um critério de imputação suplementar, que permita afinal estabelecer uma relação entre os efeitos jurídicos e o sujeito que não realizou a hipótese legal (ou só a realizou parcialmente). Cfr. R. Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch, Tübingen, 2001, págs. 486 e ss., e Zurechnung im Konzern, ZGR, 1994, págs. 237 e ss.; e K. Larenz, Hegels Zurechnungslehre..., cit., págs. 100 e ss., que considera unitariamente a imputação de um facto alheio e a imputação (objectiva) de um facto próprio, sendo aquela explicada pelos mes-

mos pontos de vista teleológicos que esta última.

Porventura, também agora, os exemplos que primeiro ocorrerão pertencem ao domínio do ilícito: pensar-se-á na responsabilidade do comitente e do devedor pelos actos ilícitos dos comissários e auxiliares, segundo os artigos 500.º e 800.º. Mas logo outras hipóteses surgirão (que, de resto, podem não consentir um juízo de ilicitude): a imputação do "conhecimento"; a imputação do "exercício da posse", designadamente nos termos do arts. 1252.º e 1253.º). Inclusive no âmbito do direito dos negócios jurídicos, sobressai a imputação de actos alheios (como sucede na representação e na nunciatura). Cfr. D. Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg, 2006, págs. 350 e ss. ss.

Se nos detivermos em tais hipóteses, imediatamente se adverte alguns traços comuns e algumas diferenças.

Impõe-se, como é óbvio, que estejam presentes pelo menos dois sujeitos. E ao sujeito ou "termo" da imputação é "atribuída" a realização do Tatbestand por outro (ou eventualmente por outros; também será possível uma "cadeia de imputações", percorrendo vários sujeitos). Assim, diz-se a imputação tem por função a "superação do deficitário preenchimento de uma hipótese legal".

Só que isso pode ocorrer de modos e em medidas bastantes diferentes (no essencial, está em causa a determinação do "objecto" da imputação). Desde logo, hipóteses há em que a facti species é preenchida integralmente por um sujeito distinto. Todavia, também sucede que a realização daquela seja obra de ambos os sujeitos (cada um contribuindo com parciais elementos). E advertir-se-á ainda que a imputação a outro sujeito não exclui necessariamente a imputação do facto àquele que o praticou. Por vezes, a segunda representará até condição ou pressuposto da primeira. Mas também ocorrerá o "inverso": a imputação só ter lugar supleni causa, isto é, se o facto não puder ser atribuído a quem o praticou. E é possível até que a relevância jurídica do acto em causa seja a mesma para ambos os sujei-

tos (contudo, não raro, um pressuposto da "atribuição" a outro sujeito já excluirá que o acto seja imputado ao próprio agente: quem possui em nome de outrem apenas será havido como detentor, pois falta-lhe o animus possidendi, para si próprio). Os dois preencherão assim, embora de forma diferente uma mesma facti species: um directamente, o outro indirectamente. Noutras hipóteses, o mesmo comportamento assume relevância para ambos os sujeitos a título diverso, como pressuposto de normas diferentes.

Como se nota, a imputação assume "carácter aditivo". Desde logo, o sujeito da imputação poderia ele próprio realizar a hipótese legal em jogo (mas poderá não ser esse o caso, requerendo-se para a prática relevante do acto requisitos de que o sujeito da imputação carece). O "carácter aditivo" pode também ser referido à circunstância de os pressupostos legais serem numa parte preenchidos por um dos sujeitos noutra pelo outro (por vezes, certos pressupostos terão de ser realizados por um e os demais pelo outro). Porém, excepcionalmente, a imputação assume, ou tem por trás dela, um "carácter subtrativo", implicando ou pressupondo a "desconsideração" da pessoa do imputado (por exemplo, do representado quanto à falta e vícios da vontade) ou da do sujeito que realiza o acto, tornando irrelevante para ele o comportamento próprio. Cfr. R. Bork, op. cit., pág. 1325; o autor alude ainda à noção de "Durchgriff", que num sentido lato compreenderá os conceitos de "Zurechnung" e de "Haftung" (as Haftungsnormen, indica, ao invés das Zurechnungsnormen, contêm em si o Tatbestand cuja verificação implica a responsabilidade); contudo, num sentido estrito, o "Durchgriff" constituirá uma forma especial de "Haftung" (normalmente traduzindo-se na responsabilização de um sócio por actos da sociedade).

No fenómeno da imputação são sempre de distinguir com cuidado duas normas: a especial norma que ordena ou impõe a imputação (estabelecendo o seu âmbito ou pressupostos, objecto e modalidade) e a norma (ou conjunto de normas) em relação a cujos pressupostos

ou efeitos a imputação ocorre. Eventualmente ambas estarão contidas no mesmo preceito legal, mas conceptualmente elas serão ainda distintas. Cfr. amplius Bork, op. cit., págs. 1324 e s.

De maneira nenhuma significa isto que as normas em jogo não tenham de ser consideradas conjuntamente. Por regra, aliás, a norma de imputação referir-se-á, através da circunscrição do objecto da imputação, ou mesmo nomeando-a, à norma ou normas cuja aplicação estará em causa (mormente, às respectivas hipóteses), definindo, assim, o seu âmbito de aplicação. Embora este possa ser mais ou menos amplo (o domínio delitual, por exemplo), é quase impensável que a norma de imputação pretenda aplicar-se indiscriminadamente, isto é, queira servir para ajudar a preencher multitudinárias previsões legais. Para normas (ou institutos) distintos, existirão porventura diferentes normas de imputação, mesmo que, in casu, o comportamento alheio seja o mesmo (preenchendo as hipóteses de mais do que uma norma de imputação). Demais, a consideração da norma "estatuínte" e dos seus efeitos é indispensável para delimitar o âmbito de aplicação da norma de imputação e (mas o aspecto anterior será em parte consequência deste) para a identificação da sua ratio legis, isto é, da especial justificação da imputação ordenada. Com efeito, a indagação desta não pode deixar de ir referida aos concretos efeitos que, afinal, se pretendem fazer suportar pelo sujeito da imputação. Isto já decorre da função instrumental que se há-de conferir sempre à norma de imputação.

Por fim, impõe-se ainda ter presente que várias são as modalidades ou os meios ao dispor da lei para estatuir a imputação de um comportamento alheio. Esta é susceptível de ser estabelecida de diferentes maneiras ou modos, nem sempre pela cominação de que a actuação de um sujeito seja vista juridicamente como de um outro. Pode ainda, por exemplo, a lei estabelecer que determinado sujeito seja responsável por actos praticados por outrem. Ou "desviar", quanto ao destinatário, os efeitos do acto. Ou impor que se atenda à

peessoa de outro sujeito. Ou, como já referiu, lançar até mão de uma ficção, declarando que o comportamento de um sujeito é ou se considera como se fosse de um outro (ou, no limite, que um sujeito é o outro, para aquele efeito). A isto juntar-se-ão as hipóteses, já aludidas, nas quais a facti species em jogo se preenche com "elementos" realizados pelo próprio sujeito e outros da autoria de um sujeito distinto, mas que são imputados ao primeiro. Cfr. Bork, loc. cit., indicando que, muitas vezes, o mesmo resultado pode ser alcançado por via da interpretação extensiva ou da analogia da norma cujo Tatbestand se quer "completar".

É patente que a imputação de um comportamento alheio carece de uma justificação material, que terá de ir para além da mera constatação de que alguém "é responsável" por outrem, o que normalmente constituirá o efeito mas não a justificação da imputação. Com a razão ou fundamentos da imputação (a que também se pode chamar critério ou princípio da imputação) não se deve confundir o seu objectivo, que é o de possibilitar a aplicação da norma cujos pressupostos assim se têm por verificados. A importância decisiva da ratio subjacente à norma de imputação documenta-se, aliás, no facto de não raro, sobretudo quando se trata de responsabilizar um sujeito por danos ocorridos, as "particulares razões" da imputação serem elas mesmas reunidas debaixo da expressão "imputação". Cfr. R. Bork, op. cit., pág. 1325.

Como já se disse, deparamos aqui com fundamentos variados e que só podem ser convenientemente apreciados tendo em atenção o âmbito da aplicação da norma de imputação e os efeitos prescritos na norma cujos pressupostos aquela ajuda a verificar. Porém, em termos muito gerais e abstractos, podem adiantar-se os seguintes (que porventura isoladamente não serão inteiramente capazes de sustentar a imputação de um facto alheio): a vantagem que o sujeito da imputação retira da actuação de outrem; prevenir a "desoneração" de responsabilidade através da repartição de tarefas ou actividades; o

"dever" imposto ao sujeito da imputação de impedir uma actuação (danosa) de outrem; a "autorização" ou o "suscitar" da actividade desenvolvida por um sujeito distinto; "a especial relação" intercorrente ente os dois sujeitos; a "identificação" ou "confusão" destes segundo a própria concepção social.

BIBLIOGRAFIA

- Alarcão, Rui de – *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983 (polic.)
- Alexiou, Konstantin – *Zur Haftung für Verrichtungsgehilfen im deutschen Recht im Vergleich zum französischen und griechischen Recht*, Freiburg im Breisgau, 1970
- Almeida Costa, Mário Júlio – *Direito das Obrigações*, Coimbra, 2001
- Andrade, Manuel A. Domingues – *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, Coimbra, 1960
- *Capacidade civil das pessoas colectivas*, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 83.º, págs. 209 e ss.
- Antunes Varela, João de Matos – *Das Obrigações em geral*, I, Coimbra, 2000
- Bar, Christian v. – *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band I, München, 1996, II, München, 1999
- Baur, F. – *Zur dogmatischen Einordnung der Haftung für Verrichtungsgehilfen*, Karlsruher Forum (Beiheft zum Versicherungsrecht), 1962, págs, 14 e ss.
- Bonvicini, Eugenio – *La responsabilità civile per fatto altrui*, Milano, 1976
- Brox, Bernard / Walker, Astrid – *Besonderes Schuldrecht*, München, 2000
- Brun, Philippe – *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, 2005
- Bydlinski, Franz – *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien, 1996
- Bundesminister der Justiz – *Gutachten und Vorschläge zur Bearbeitung des Schuldrechts*, I, II, Köln, 1981
- Caemmerer, Ernst von – *Reform der Gefährdungshaftung*, Berlin, 1971
- Canaris, Claus-Wilhelm – *Die Gefährdungshaftung im Lichte der neueren Rechtsentwicklung*, Juristische Blätter, 1991, págs. 2 e ss.
- Carneiro da Frada, Manuel A. – *A responsabilidade objectiva por facto*

- de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, Direito e Justiça, XII, 1988, I, págs. 297 e ss.
- Carval Suzanne (org.) – *La construction de la responsabilité civile. Controverses doctrinales*, Paris, 2001
- Correia, A. Ferrer – *Pessoas colectivas. Anteprojecto de um Capítulo do novo Código Civil*, sep. Boletim do Ministério da Justiça, 67
- Deutsch, Erwin / Ahrens, Hans-Jürgen – *Deliktsrecht*, Köln, 2002
- Epstein, Richard A. – *Theory of Strict Liability: Toward a Reformation of Tort Law*, San Francisco, 1979
- Esser, Josef – *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, München, 1969
- *Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts*, JuristenZeitung 1953, págs. 129 e ss.
- Esser, J. / Weyers, H.-L. – *Schuldrecht, Besonderer Teil*, Teilband 2, Heidelberg, 1980
- European Centre of Tort and Insurance Law – *Unification of Tort Law: Liability for Damages Caused by Others* (Ed. J. Spier), The Hague, 2003
- European Group on Tort Law – *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wien, 2005
- Fikentscher, Wolfgang – *Schuldrecht*, Berlin, 1992
- Galvão, Sofia de Sequeira – *Reflexões acerca da Responsabilidade do Comitente no Direito Civil Português*, Lisboa, 1990
- Foëx, Bénédicte / Franz Werro (ed.) – *La réforme du droit de la responsabilité civile*, Genève, 2004
- Geri, L. B. / Breccia, U. / Busnelli, F. D. / Natoli, U. – *Diritto Civile*, 3, *Obbligazioni e Contratti*, Torino, 1992
- Gierke, Otto von – *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889
- Heck, Philipp, *Grundriss des Schuldrechts*, Tübingen, 1929
- Helm, Johann Georg – *Rechtsfortbildung und Reform bei der Haftung für Verrichtungsgehilfen*, Archiv für die civilistische Praxis, 166

- (1966), págs. 389 e ss.
- Jansen, Nils – *Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Tübingen, 2003
- Landes, W. / Posner, R. – *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, 1987
- Larenz, Karl / Canaris, C.-W. – *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, München, 1994
- Machado, J. Baptista – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983
- Medicus, Dieter – *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, München, 2004
- Moreira, Guilherme A., *Instituições de Direito Civil*, I, Coimbra, 1907
- Müller-Erzbach, R. – *Gefährdungshaftung und Gefahrtragung*, Archiv für die civilistische Praxis, 106 (1910), págs. 309 e ss, Archiv für die civilistische Praxis, 109 (1912), págs. 1 e ss.
- Múrias, Pedro – *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996, págs. 171 e ss.
- Nunes de Carvalho, Pedro Pitta e Cunha – *A Responsabilidade do Comitente*, Revista da Ordem dos Advogados, 1988, págs. 85 e ss.
- Planiol, Marcel / Ripert, Georges / Esmein Paul – *Traité Pratique de Droit Civil Français*, VI – Obligations, I e II, Paris, 1954
- Reglero Campos, Fernando (coord.) – *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Navarra, 2002
- Ribeiro Faria, Jorge Leite Areias – *Direito das Obrigações*, II, Coimbra, 1990
- Rocha, Maria Vitória – *A imputação objectiva na responsabilidade contratual*, Revista de Direito e Economia, 1982, págs. 72 e ss.
- Rümelin, Max – *Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht*, Freiburg i.B., 1896
- *Der Zufall im Recht*, Freiburg i.B., 1896

- Saleilles, R. – *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Paris, 1897
- Savatier, R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, I, Paris, 1939
- Schäfer, Hans-Bernd / Ott, Claus – *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin, 2000
- Schiemann, Gottfried – *Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts*, München, 1981
- Schlobach, Klaus – *Das Präventionsprinzip im Recht des Schadenersatzes*, Baden-Baden, 2004
- Schmidt, Eike – *Zur Dogmatik des § 278 BGB*, Archiv für die civilistische Praxis 170 (1970), págs. 502
- Serra, Adriano Vaz – *Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes legais e dos substitutos*, Boletim do Ministério da Justiça, 72 (1958)
- *Responsabilidade contratual e extracontratual*, Boletim do Ministério da Justiça, 85 (1959)
- Sinde Monteiro, Jorge F. – *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983
- *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, 1989
- Sottomayor, Maria Clara – *A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol. LXXXI, 1995, págs. 403 e ss.
- Tavares, José – *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, I, Coimbra, 1922
- Trimarchi, Pietro – *Rischio e Responsabilità oggettiva*, Milano, 1961
- Tunc, André – *La responsabilité civile*, Paris, 1989
- Westermann, Harry – *Haftung für fremdes Handeln*, Juristische Schulung, 1961, págs. 333 e ss. e págs. 382 e ss.
- Wicke, Hartmut – *Respondeat Superior, Haftung für Verrichtungshelfen im römischen, römisch-höllandischen, englischen und südaf-*

- rikanischen Recht*, Berlin, 2000
- Widmer, P. / Wessner, P. – *Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif*, Berne, 2000
- Wilburg, Walter – *Die Elemente des Schadensrecht*, Wien, 1941
- *Desenvolvimento de um Sistema Móvel no Direito Civil* (tradução nossa de *Entwicklung eines Beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950), *Revista Direito e Justiça*, vol. XIV, 2000, tomo 3, págs. 51 e ss.
- Will, Michael R. – *Quellen erhöhter Gefahr*, München, 1980
- Zimmermann, Reinhard – *The Law of Obligation. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990