

= A terceira via da Responsabilidade Civil, entre o contrato e o delito =

I. Natureza, pressupostos e regras do ónus da prova.

Em matéria de suportação de danos, a regra básica   ser o lesado quem acarreta com os prejuízos por si sofridos, sendo a **responsabilidade civil**, consistente numa fonte de obriga es, baseada no princípio do ressarcimento dos danos^{1 2}, uma exce o.

A responsabilidade civil tem o significado de alguém responder pelo dano de outrem³, sendo esse alguém o seu autor, aquele que o provocou, que lhe deu causa.

São várias as **modalidades** de responsabilidade civil, por diversos serem os títulos de imputa o do dano ao seu autor, contando-se, entre elas, a que agora nos prende, a **responsabilidade subjetiva ou por factos ilícitos**, em que a imputa o se faz a título de culpa⁴.

A principal fun o da responsabilidade por facto ilícito   a ressarcitória, visando reparar os danos sofridos pelo lesado⁵.

Tradicionalmente, a responsabilidade civil subjetiva surge classificada como:

i) responsabilidade civil contratual ou obrigacional e

ii) responsabilidade civil extracontratual, delitual ou aquiliana,

advindo a primeira da **falta de cumprimento de obriga es emergentes de contratos** (do não cumprimento de uma obriga o específica – art. 798^o) e a segunda da **viola o de um direito absoluto do lesado** (de viola o de deveres genéricos de respeito/de viola o de normas gerais destinadas   prote o de outrem, n 1, do art. 483^o).

Não pode, contudo, o direito da responsabilidade civil deixar de abarcar **outras situa es** que, não se integrando em contrato nem em delito, isto  , não se enquadrando, com rigor, em nenhuma das referidas categorias clássicas (surgindo, contudo, as mesmas, aos olhos da Lei, na interpreta o que dela   efetuada pela Doutrina e pela Jurisprudência, como merecedoras da tutela do direito, com inser o, por uns, na contratual e, por outros, na extracontratual), por revestidas de diversa natureza, carecem de tratamento diferenciado e **aut nomo**. Daí encontramos, efetivamente, a via de que nos propomos falar, a acrescer às duas que referimos que, como veremos,   preenchida

¹ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das obriga es*, vol. I, 2017, 14^a edi o, Almedina, pág. 275.

² Ana Prata, *Código Civil Anotado*, volume I, 2^a Edi o, Almedina, pág. 662.

³ Elsa Vaz de Sequeira, *Estudos sobre responsabilidade civil*, 2024, UCP Editora, pág. 12.

⁴ Excepcionalidade da responsabilidade sem culpa.

⁵ Elsa Vaz de Sequeira, *Comentário ao Código Civil, Direito das Obriga es, Das obriga es em Geral*, Universidade Católica Editora, pág. 273 e seg.

por **situações fora de contrato e de delito, comumente tuteladas pela boa-fé**, sendo esta um princípio geral de todo o sistema, a impor específicos deveres de segurança, de lealdade e de informação.

Na verdade, a responsabilidade contratual pressupõe a existência de uma **relação intersubjetiva que atribua ao lesado um direito à prestação**, surgindo como consequência da violação de um dever emergente dessa mesma relação (caso típico da violação de um contrato) e a extracontratual surge como consequência da **violação de direitos absolutos** (v.g. direitos de personalidade, direitos reais), que se encontram desligados de qualquer relação pré-existente entre o lesante e o lesado (como seja a obrigação de indemnizar em consequência de um acidente de viação)⁶. A responsabilidade civil contratual distingue-se da extracontratual pelo facto de naquela estar em causa a **violação de direitos de crédito ou de obrigações em sentido técnico**, nelas se incluindo não só os **deveres primários de prestação**, mas, também, **deveres secundários**, e esta emergir da **violação de deveres de ordem geral: da violação de um direito subjetivo e da violação de “normas de proteção”**. Estas duas categorias de responsabilidade civil, diretamente reguladas no nosso Código Civil, foram-no separadamente⁷. E **embora os dois regimes, autónomos, consagrados**, que comungam, em geral, dos mesmos pressupostos⁸ e não apresentam grandes diferenças⁹, **se assemelhem em muitos aspetos** (sendo, hoje, dominante a corrente que considera não ser esta repartição estanque - existindo normas no sector reservado à responsabilidade delitual que se aplicam à responsabilidade contratual, como é o caso das referentes à obrigação de indemnizar, que foi objeto de um tratamento unitário, nos artigos 562.º e seguintes), **nem tudo é igual**¹⁰. No essencial, a responsabilidade extracontratual distingue-se da contratual por a primeira surgir como consequência da violação de direitos absolutos, estes **desligados de relação intersubjetiva previamente existente entre lesante e lesado**, pressupondo a segunda a existência de uma **relação intersubjetiva que,**

⁶ Ac. da RL de 19/4/2005, proc. 10341/2004-7 (Relator: Pimentel Marcos), acessível in dgsi.

⁷ A extracontratual nos arts 483º e segs e a contratual nos arts 798º e segs.

⁸ O facto, a ilicitude, o dano, o nexo de causalidade e a culpa (cfr. Elsa Vaz de Sequeira, *Estudos sobre responsabilidade civil*, pág. 13 e segs.

⁹ Salienta Menezes Leitão *in ob. cit.*, pág. 276 e seg., as seguintes “diferenças”: “a) *Presume-se a culpa na responsabilidade obrigacional (art. 799º, nº1), mas não na delitual (art. 487º, nº1); b) A responsabilidade delitual tem prazos de prescrição mais curtos (art. 498º), enquanto a responsabilidade obrigacional é sujeita aos prazos de prescrição gerais das obrigações (arts. 309º e ss); c) Em caso de pluralidade de responsáveis na responsabilidade delitual o regime aplicável é o da solidariedade (art. 497º), ao passo que na responsabilidade obrigacional tal só acontecerá se esse regime já vigorar para a obrigação incumprida; e) As duas responsabilidades regem-se por regras de conflitos diferentes...*”.

¹⁰ V. Elsa Vaz de Sequeira, *Estudos sobre responsabilidade civil*, pág. 12 e segs, onde são analisadas as modalidades e pressupostos da responsabilidade civil, embora considerando serem as três configurações que a responsabilidade subjetiva por ato ilícito e culposo preenchidas, além das duas clássicas, pela responsabilidade pré-contratual, esta derivada da violação de deveres específicos, sem que haja uma relação jurídica prévia entre o lesante e o lesado.

primariamente, atribuída ao lesado um direito à prestação, surgindo como consequência da violação de um dever emergente dessa **relação específica**¹¹. E além das situações de violação de contrato e de delito, outras se configuram, em que não existe um direito primário de crédito (que permita exigir de outrem uma prestação, como na responsabilidade contratual) nem a violação de um dever genérico (como na responsabilidade delitual), mas em que a responsabilidade civil se constitui em consequência da **violação de deveres específicos** (impostos pela boa-fé) que não podem deixar de ser fonte de obrigações e de encontrar tutela no direito de responsabilidade civil, com autónomo tratamento no confronto da globalidade do regime.

Com efeito, às vias tradicionais de responsabilidade civil, especificamente reguladas, a **doutrina moderna** vem acrescentando, vinda da dogmática alemã¹², uma **terceira via**, autónoma, situada entre o contrato e o delito, um ***tertium genus***, a qual se começou a impor pela constatação de **situações, carecidas de tutela, não abrangidas pelas outras referidas categorias**¹³: “situações em que não existe um direito primário de crédito, por meio do qual alguém possa exigir de outrem uma prestação, mas a responsabilidade surge em consequência da **violação de deveres específicos** e não apenas dos deveres genéricos de

¹¹Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Idem*, pág. 278.

¹²Primeiramente por intermédio de CLAUS-WILHELM CANARIS e depois objeto de análise de EDUARD PICKER (cfr. Menezes Leitão, ob. cit, pág. 348 e seg. – “*responsabilidade baseada em vinculações específicas (Sonderverbindungen), que representariam deveres dos participantes no tráfego negocial superiores aos deveres genéricos, cujo fundamento se basearia no dever de boa fé negocial e não no dever de diligência. A ocorrência desses deveres permitiria aplicar o regime da responsabilidade obrigacional, designadamente quanto ao ressarcimento dos danos patrimoniais puros, à responsabilidade dos auxiliares. Entre os institutos abrangidos situar-se-iam a culpa in contrahendo, a violação positiva do crédito e o contrato com eficácia de protecção para terceiros, onde se gerariam deveres de protecção, quer de direitos ou de bens jurídicos, quer de interesses puramente patrimoniais. Todos esses deveres instituiriam uma relação unitária de protecção que vigoraria entre as partes desde antes da celebração do contrato até após a sua extinção*”.

¹³ Como refere Elsa Vaz de Sequeira, *Estudos sobre responsabilidade civil*, pág. 26, “*Em relação à ilicitude ... as situações violadas geradoras destas três modalidades são diferentes. Concretamente:*

- a) *a responsabilidade extraobrigacional, consagrada no artigo 483.º, assenta na **violação de deveres genéricos**;*
- b) *a responsabilidade obrigacional, prevista nos artigos 798º e 799º, tem por base a **violação de um dever específico**, derivado de uma relação previamente estabelecida entre o lesado e o lesante;*
- c) *a responsabilidade pré-contratual, instituída no artigo 227º, deriva da **violação de deveres específicos, sem que haja uma relação jurídica prévia entre o lesante e o lesado**.*”.

E mais acrescenta, de modo esclarecedor, a referida autora:

“*Em termos práticos, a distinção destas modalidades de responsabilidade tem especial relevância no tocante à **prova da culpa do lesante**. Enquanto na **responsabilidade extraobrigacional** cabe em regra ao lesado demonstrar a culpa do lesante (artigo 487.º, nº1), na **responsabilidade obrigacional** vigora uma presunção de culpa do lesante. Ao lesado cabe apenas mostrar o incumprimento, o dano e o nexo de causalidade, presumindo a lei a ilicitude da conduta e a culpa do agente. Relativamente à **responsabilidade pré-contratual**, a questão não se afigura tão líquida, estando a resposta dependente da prévia determinação da natureza jurídica da figura.*

*Se se reconduzir esta espécie de responsabilidade à responsabilidade extraobrigacional, a solução normalmente passa pela aplicação do artigo 487.º, **sujeitando assim o lesado ao ónus da prova da culpa do lesante**. Se, diferentemente, se concluir pela índole obrigacional da responsabilidade pré-contratual, facilmente se compreenderá a aplicação da **presunção de culpa prevista no artigo 799.º** a este tipo de situações. Quando, ao invés, se **reconhece autonomia** à modalidade de responsabilidade aqui em causa, tem-se entendido que, atendendo ao facto de na sua base se achar a violação de um dever especial, tal como acontece com a responsabilidade obrigacional, **a presunção de culpa estabelecida para esta também deve ser aplicada àqueles casos**” (negrito e sublinhado nossos).*

respeito, que se apresentam como contrapostos aos direitos absolutos”¹⁴, que constituem violações dos valores fundamentais do Sistema.

Acrescenta Menezes Leitão, “Modernamente tem-se vindo a ensaiar a defesa de uma nova categoria da responsabilidade civil, entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade delitual, para abranger a violação de deveres específicos, que embora constituindo um *plus* relativamente à proteção delitual, não chegam a constituir obrigações em sentido técnico. Tratar-se-ia assim de situações de responsabilidade quase-obrigacional...” “Fala-se, por isso, de **uma terceira via da responsabilidade civil**, onde se poderão incluir situações como a violação dos **deveres de boa-fé**, geradoras de responsabilidade pré-contratual e pós-contratual. Efetivamente esses deveres não possuem uma tutela primária, através da ação de cumprimento, mas surgem no âmbito de ligações específicas entre as partes que instituem deveres que constituem um *plus* relativamente ao dever geral de respeito”^{15 16} (negrito e sublinhado nossos).

Já em 1997, Manuel A. Carneiro da Frada transmitia: “tem vindo recentemente a afirmar-se entre nós a orientação de que, entre as duas modalidades “clássicas” de responsabilidade tradicionalmente reconhecidas – a obrigacional e a extraobrigacional delitual – existe espaço para situações de responsabilidade que se não deixam enquadrar linearmente nessas duas formas tradicionais. Esta orientação supera, é certo, os hábitos da distinção entre essas responsabilidades, mas, como é evidente, pressupõe-na. De facto, ... determinadas hipóteses de responsabilidades aceites nos nossos dias não se deixam resolver com recurso aos quadros usuais do contrato ou do delito. Nessa medida, a admissibilidade de uma “terceira via de responsabilidade” torna-se praticamente um imperativo. (...) Não podem, na análise destas espécies, descurar-se os instrumentos dogmáticos tradicionais, mas abre-se aqui um espaço para o que podemos chamar de uma via *intermédia* de responsabilidade, de “auto-vinculações sem contrato” ou de *comprometimentos não negociais*”¹⁷. E chamava a atenção para “O próprio Código Civil contempla algumas delas. Podem encontrar-se portanto apoios juspositivos a esta doutrina e uma base mínima para o seu desenvolvimento relativamente a casos não expressamente contemplados”¹⁸.

Como bem ensina Carneiro da Frada:

¹⁴ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Idem*, pág. 278.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 278

¹⁶ Ac. do STJ de 12/9/2019, proc. 2604/15.8T8LRA.C1.S1 (Relatora: Rosa Ribeiro Coelho), acessível *in* dgsi

¹⁷ Manuel A. Carneiro da Frada, UMA «TERCEIRA VIA» NO DIREITO DA RESPONSABILIDADE?, 1997, Almedina, pág. 85 e segs.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 87.

“importa sublinhar uma linha de pensamento que, partindo da distinção entre as duas modalidades clássicas de responsabilidade – a obrigacional e a delitual -, defende o espaço de uma via intermédia de responsabilidade civil, ligada em particular à violação de deveres específicos decorrentes do dever de boa-fé negocial; **deveres que, não chegando a constituir obrigações em sentido técnico, se apresentam, contudo, como relativos e, com frequência, como um *plus* relativamente aos deveres genéricos de respeito contrapostos aos direitos absolutos.** Esta via intermédia de responsabilidade civil, também correntemente designada de “terceira via” da responsabilidade civil, colhe um conjunto heterogéneo de espécies como a *culpa in contrahendo*, prevista no art. 227º do Código Civil, a violação positiva do crédito ou o contrato com eficácia de protecção para terceiros”¹⁹. Está em causa uma conceção de responsabilidade contratual e de responsabilidade aquiliana e das relações que se mantêm entre uma e outra, e, ainda, o “espaço prático e dogmático das responsabilidades intermédias”²⁰ (negrito nosso).

Além de na responsabilidade contratual, a mostrarem-se preenchidos os pressupostos dessa modalidade de responsabilidade, os danos patrimoniais puros sempre gerarem obrigação de indemnizar, tais danos “(...) serão em todo o caso ressarcíveis, nos termos do art. 483º, nº1, do Código Civil, quando tiver sido violada uma disposição de protecção cujo objeto seja a tutela de interesses puramente patrimoniais. As disposições de protecção representam, assim, uma via de alargamento da tutela delitual dos bens e interesses.

Dentro desta perspectiva, os chamados deveres no tráfico só tutelarão interesses patrimoniais puros nos casos e desde que esses interesses gozem de protecção aquiliana, sob pena de incongruência sistemática. Tais deveres, também conhecidos por deveres de segurança no tráfico ou por deveres de prevenção do perigo, impõem àquele que cria, controla ou mantém uma fonte de perigo a adoção das medidas adequadas a prevenir os danos que essa fonte de perigo pode ocasionar. Eles estabelecem os termos da equiparação da omissão à acção e solucionam o problema da causação mediata de lesão em posições que gozam (abstractamente) de protecção delitual. No ordenamento jurídico português, estes deveres encontram afloramentos importantes, nomeadamente, nos arts. 491º a 493º do Código Civil. Não servem, porém, ao contrário das disposições de protecção, para aumentar o catálogo de bens jurídicos delitualmente protegidos.

¹⁹ Manuel A. Carneiro da Frada, *FORJAR O DIREITO*, 2ª Edição, (2019) Almedina, pág. 164-165 e cfr., ainda, a nota de rodapé ali citada (“Manuel A. Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003, 99 ss, 381 ss, 431 ss, ...”).

²⁰ *Ibidem*, pág. 165

A tutela aquiliana de interesses puramente patrimoniais pode assim resultar, quer da existência de uma previsão delitual específica que os contemple (v.g. arts. 485º e 495º), quer de uma disposição de proteção que tenha por objeto a sua defesa.

É ainda de admitir a indemnizabilidade de danos patrimoniais quando tenha havido uma ofensa grave do mínimo ético-jurídico exigível a todos os membros da comunidade, estejam ou não inseridos em relações contratuais.

Ao menos em parte, semelhante conclusão é alicerçável no abuso do direito (art. 334º). (...) As lacunas de proteção de interesses puramente patrimoniais em sede aquiliana – mas também contratual, sobretudo quando são atingidos terceiros alheios à relação contratual -, e a importância crescente que este tipo de interesses assume nos nossos dias contribuiu para a afirmação – predominantemente doutrinária – de uma via “intermédia” de responsabilidade civil, ligada em particular à **violação de deveres específicos decorrentes do dever de conduta segundo a boa-fé no mundo dos negócios**. Esta via possibilita – naturalmente no seu âmbito próprio – a ressarcibilidade de danos patrimoniais puros, mesmo quando não há deveres de prestar dirigidos à prevenção desses danos”²¹ (negrito nosso).

É, pois, defendida na Doutrina, que desbravando caminhos vão sendo os mesmos seguidos pela Jurisprudência, a admissão de uma terceira via, uma outra categoria, autónoma, híbrida, na responsabilidade civil subjetiva. E as hipóteses de **vinculações específicas distintas do dever de prestar** suscitam problemas jurídicos próprios, que não podem ser cabalmente resolvidos pela aplicação em bloco do regime da responsabilidade obrigacional ou da responsabilidade delitual, sendo que estas vinculações não permitem uma tutela primária, através da ação de cumprimento, e traduzindo algo mais do que a simples observância do dever genérico de respeito, haverá que, como entende Menezes Leitão, “atribuir a esta zona cinzenta uma qualificação intermédia, sujeita a um **regime específico, a descobrir caso a caso** através das **regras de integração de lacunas (art. 10º)**, admitindo-se, assim, o que tem sido designado como a “terceira via” (*Dritte Spur*) da responsabilidade civil”. “Posição semelhante tem sido defendida por **Batista Machado**, *Obra dispersa*, I, pp. 573 e ss., **Sinde Monteiro**, *Responsabilidade*, pp. 478 e ss. e **Carneiro da Frada**, *Contrato e deveres de proteção*, Coimbra, Separata do BFD, Suplemento 38, 1994 e *Uma “terceira via” no Direito da Responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados*

²¹*Ibidem*, pág. 168 a 170.

a terceiros por auditores da sociedade, Coimbra, Almedina, 1997”^{22 23} (negrito e sublinhado nossos).

Contra tal posição se apresentam Galvão de Telles, *Obrigações*, p. 75 e Menezes Cordeiro, *Tratado*, II-3, pág. 400 e seguintes, contestando a necessidade de tal formulação, considerando estarem em causa obrigações cuja fonte se reconduz à “paracontratualidade” e integrá-las no âmbito da responsabilidade seria reduzir o seu âmbito, tratado apenas pela perspectiva da patologia, além de enfraquecer a responsabilidade civil obrigacional²⁴. Refuta, e bem, Menezes Leitão a apontada crítica dado estar **excluída a ação de cumprimento, a obrigar a incluir estes deveres no âmbito da responsabilidade, a qual é diferente da obrigacional**, pois que **não se destina a tutelar secundariamente a violação de um dever de prestar**, mas a regular situações não abrangidas por contrato, sequer por delito, e abdicar desta construção obrigaria a dar um tratamento indiferenciado a realidades distintas, com um empobrecimento da Ciência do Direito²⁵.

Entendemos assim suceder, na verdade, e, na constatação da natureza distinta quer da responsabilidade contratual quer da responsabilidade delitual, cabe conferir-lhes autónoma classificação tendo, por imperativos de justiça, dado não poderem os danos resultantes de violação destes deveres específicos ficar sem ressarcimento, de ser inseridos no Direito da Responsabilidade com uma nova classificação.

Assim sucede em casos, heterogéneos, de violação de deveres específicos fora de contrato, desde logo na **constelação dos casos de responsabilidade pré-contratual**, entre eles os de **responsabilidade por atos de terceiros**, sendo que a *culpa in contrahendo* cobre, no presente, “toda a área das relações pré-contratuais, gerando uma dogmática que se alargou através de deveres acessórios eficazes na vigência dos contratos ... e *post factum finitum*”²⁶, sendo que, havendo contactos, surgem deveres legais de proteção e conexos que operam *in contrahendo*, na constância do contrato, na sua eventual insubsistência e após a sua cessação”, sendo deveres típicos os de informação, de lealdade e de segurança²⁷.

Neste conspecto, na responsabilidade extracontratual a proteção dos direitos pode originar deveres no tráfego (extensão do art. 483º, nº1) e com situações de *delitos específicos*, na obrigacional o sistema pode impor deveres acessórios de segurança, de

²² Menezes Leitão, *Idem*, pág. 349 e seg.

²³ Cf. Carneiro da Frada, UMA «TERCEIRA VIA» NO DIREITO DA RESPONSABILIDADE?, pág. 85 e seg., nota 68.

²⁴ António Menezes Cordeiro (Coord), *Código Civil Comentado, I – Parte Geral*, Almedina, pág. 669.

²⁵ Menezes Leitão, *Idem*, pág. 350, nota 801.

²⁶ António Menezes Cordeiro (Coord), *idem*, pág. 664.

²⁷ *Ibidem*, pág. 669.

lealdade e de informação (art. 762º, nº2)²⁸ e na pré-contratual e nos demais casos de materialização da terceira via (situações de violações de vinculações específicas decorrentes da boa-fé) o sistema pode impor específicos deveres que decorrem da boa-fé (v. art. 227º, nº1 e o ínsito em todo o Sistema, designadamente no referido nº2, do art. 762º), deveres estes cujas violações podem originar obrigações de indemnizar (art. 562º e segs).

*

II. Materialização.

Diversos são os institutos, fora do contrato e do delito, a ser convocados para a **constelação dos casos de violação de deveres específicos impostos pela boa-fé no mundo dos negócios, responsabilidade não linearmente enquadrável na delitual ou na obrigacional** e que, por isso, nos reconduzem a uma outra via, conforme ao espírito do Sistema.

Pode equacionar-se a autonomização de uma terceira via de responsabilidade civil subjetiva em institutos, ligados às **relações obrigacionais sem dever de prestar principal**, a prenderem-se com **violação de deveres impostos pela boa-fé** (outras figuras podendo ser encontradas de obrigação específica sem dever de prestar principal), como:

a) a responsabilidade pré-contratual;

b) a culpa post pactum finitum;

c) o contrato com proteção de terceiros, na área relativa a essa proteção²⁹,

em que, entre lesante e lesado, não existe contrato e não ocorre delito, mas específicos deveres a tutelar (**com vinculação especial traduzida num dever de proteção de base legal**).

Analisemos.

a) A responsabilidade pré-contratual.

Este instituto, de controvertida qualificação³⁰, está expressamente consagrado na lei (v. art. 227º), o qual impõe a observância das regras da boa-fé durante o processo de formação

²⁸ António Menezes Cordeiro (Coord), *Código Civil Comentado, II – Das obrigações em Geral*, Almedina, pág. 408 e seg.

²⁹ Cfr. Menezes Leitão, *Idem*, pág. 350 e segs.

³⁰ Tradicionalmente, a doutrina qualifica-a como responsabilidade obrigacional ou delitual. Modernamente somam-se vozes no sentido de ter uma natureza diversa, sendo um exemplo de uma terceira via na responsabilidade civil.

Com efeito, a maioria da doutrina tradicional e jurisprudência (Galvão Telles, *Culpa na formação do contrato*, in *O Direito*, Ano 125º, 1993, III-IV (Julho-Dezembro), pp. 346 e seg.), Carlos Alberto da Mota Pinto, *Cessão da Posição Contratual*, Atlântida Editora, 1970, pp. 351 a 353), Menezes Cordeiro, *Dolo na conclusão do*

do contrato, sendo o facto de se entrar em negociações suscetível de criar situação de confiança na outra parte que, a ser traída, com violação das regras da boa-fé, faz gerar um facto ilícito, constituindo o lesante no dever de indemnizar o lesado pelos danos por ele sofridos. Do **princípio da boa-fé**, em particular do seu vetor **tutela da confiança**, derivam três tipos de deveres pré-negociais: **de proteção, de informação e de lealdade**³¹, gerando a sua violação a *culpa in contrahendo* e consequente obrigação de indemnizar os danos sofridos pelo lesado em virtude da confiança que lhe tinha sido gerada pela outra parte.

Não resultando do incumprimento de obrigação previamente assumida³² nem de violação de um dever genérico de respeito dos direitos absolutos, mas, sim, de violação de deveres surgidos no âmbito de uma relação específica entre as partes, que impõem a tutela da confiança no âmbito do tráfego negocial, como observado por Canaris, Carneiro da Frada, Sinde Monteiro e Menezes Leitão, situa-se a referida responsabilidade numa **via intermédia**, entre a contratual e a delitual, sendo uma, híbrida, terceira via.

Neste conspecto, à responsabilidade pré-contratual não cabe aplicar em bloco o regime de qualquer uma das responsabilidades tradicionais (contratual e delitual) mas, reconhecendo tratar-se de uma outra via, autónoma, tem o seu regime de ser edificado, de acordo com as regras específicas e o caso, no confronto dos referidos regimes legalmente consagrados, sendo o regime a aplicar a este instituto, relativo a negociações, com uma função protetora da parte mais fraca, preponderantemente o da responsabilidade contratual, mais adequado a conferir proteção, “sujeitando-se, por isso, o autor do facto à presunção de culpa prevista no art. 799º e ficando a responsabilidade por actos dos auxiliares sujeita ao regime do art. 800º. Haverá, no entanto, a aplicação de algumas soluções da responsabilidade

negócio, culpa in contrahendo, in *O Direito*, Ano 125, 193 I-II (Janeiro-Junho, pp. 165 a 167 e Ribeiro de Faria, *Direito das obrigações*, Vol. I., Almedina, p. 130, nota 2, Ana Prata *Código Civil Anotado*, volume I, 2ª Edição, Almedina, pág. 313 e seg e jurisprudência citada a fls 314) vem qualificando de responsabilidade contratual, Almeida Costa entende ser de qualificar como responsabilidade delitual e, modernamente, Carneiro da Frada, Menezes Leitão e Sinde Monteiro entendem ser de classificar como uma terceira via, um **tertium genus**, um meio termo entre a responsabilidade contratual e extracontratual, sendo a própria lei a determinar a aplicação do regime desta em matéria de prescrição (v. nº2, do art. 227º, do CC) - cfr. Menezes Leitão, *Idem*, pág. 356 e seg., posição esta a que não podemos deixar de aderir ante a constatação da existência de casos a demandar tutela, a constatação da sua diversa natureza e da sua não regulação legal, existindo, contudo, uma vinculação especial traduzida num dever de proteção de base legal.

³¹ Cfr. Menezes Leitão, *Idem*, pág. 353, Menezes Cordeiro, *Tratado*, I-1, pp. 504 e ss e 513 e ss. e, ainda, Elsa Vaz de Sequeira, *Estudos sobre responsabilidade civil*, pág. 35 e ss. e jurisprudência aí citada (nota 49), bem como a citada por António Menezes Cordeiro (Coord), *Código Civil Comentado, I – Parte Geral*, Almedina, pág. 671 e segs..

³² “Os deveres de comportamento exigidos durante as negociações ou a formação do contrato, embora específicos, não constituem obrigações em sentido estrito, pois não são deveres de prestar (cfr. a noção de obrigação do art. 397. Por estas razões, este instituto é para nós representativo de uma “terceira via” de responsabilidade” Manuel A. Carneiro da Frada, *UMA «TERCEIRA VIA» NO DIREITO DA RESPONSABILIDADE?*, pág. 95 e segs.

delitual, uma vez que parece que não se deverá aplicar à culpa *in contrahendo* a exigência da capacidade negocial, e a lei manda expressamente aplicar a regra da prescrição da responsabilidade delitual (art. 227, nº2).”³³.

Destarte, para além do especificamente consagrado quanto ao regime (cfr. nº2, do art. 227º), modernamente, tanto Doutrina como Jurisprudência, vêm entendendo ser de lhe aplicar um regime híbrido, na consideração das circunstâncias do caso, sempre enriquecedora, por aportar possibilidade de melhor realização da justiça, sendo de convocar a presunção de culpa do nº1, do art. 799º e à responsabilidade por atos dos auxiliares, o disposto no nº1, do art. 800º, nº1, preceitos relativos à responsabilidade contratual, e, no entender de alguns, a possibilidade de redução da indemnização em caso de mera culpa, prevista no art. 494º e o regime de solidariedade consagrado no art. 497º, relativos à responsabilidade delitual³⁴.

b) A culpa post pactum finitum.

Cessando o contrato por cumprimento dos deveres de prestação podem **deveres acessórios impostos pela boa-fé** manter-se eficazes e, se violados, a sua inobservância fazer o lesante incorrer em obrigação de indemnizar a outra parte no contrato de todos os prejuízos causados por violação de tais deveres pós-eficazes. Os deveres *post pactum finitum* (deveres legais que mantêm a sua eficácia mesmo após a cessação do contrato, com a realização da prestação) têm um regime distinto dos deveres de prestação. Aqueles são deveres *ex lege, ex bona fide*, estes são deveres que resultam da autonomia privada (nº1, do art. 398º). A violação destes (deveres contratuais de prestação – principais ou secundários) gera responsabilidade contratual e a daqueles (violação de deveres – legais – acessórios de conduta *post pactum finitum*) insere-se na terceira via da responsabilidade civil.

Com efeito, o inadimplemento dos deveres principais ou secundários de prestação difere da inobservância dos deveres (legais) acessórios de conduta. Aquele reconduz-nos a responsabilidade contratual; esta, ocorrida depois de cumprida a prestação, respeita a violação de um dever acessório que sendo pós-eficaz, é suscetível de integrar a terceira via de responsabilidade.

O instituto da ***culpa post pactum finitum*** consiste na responsabilização das partes após a extinção do contrato pelos danos que causarem à outra parte em consequência de comportamentos que lhe seriam vedados por força da boa-fé, que impõe que, após o

³³ Menezes Leitão, *idem*, pág. 358

³⁴ Maria da Graça Trigo, *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Universidade Católica Editora, pág. 512.

cumprimento o devedor não venha retirar ou reduzir significativamente as vantagens que este proporcionou ao credor.

O fundamento legal de tal responsabilização, que, embora não esteja expressamente consagrado, se pode extrair quer do art. 239º quer do nº2, do art. 762º, é a violação **dos deveres acessórios de boa-fé**, de **deveres de boa-fé pós-contratuais**, deveres esses que vigorando entre as partes num contrato sejam de manter (ultra vigentes) após a extinção do mesmo, por a sua função ir além do cumprimento, extravasar a realização do programa obrigacional. A ser criada uma situação de confiança que se pressupõe ser respeitada após a extinção do contrato, incorre em responsabilidade civil subjetiva a parte que trair a confiança depositada à outra parte (*culpa post pactum finitum*), como analisa Menezes Leitão ³⁵, citando Menezes Cordeiro, Rui de Alarcão, Ribeiro de Faria e Nuno Pinto Oliveira³⁶ e referindo exemplos de violação de deveres, como de lealdade (após o trespasse do estabelecimento abrir outro para lhe fazer concorrência) e de informação (recusa do senhorio de um escritório de advogado a revelar, extinto o arrendamento, o domicílio deste aos clientes que lá se dirigem), deveres estes pós-eficazes e, na sua violação, geradores de responsabilidade civil subjetiva, com inserção na terceira via.

Com efeito, não podendo no caso de *culpa post pactum finitum* deixar de se considerar preenchida responsabilidade civil subjetiva e não resultando a mesma do incumprimento de obrigação previamente assumida (contrato) nem de violação de um dever genérico de respeito dos direitos absolutos (delito), mas de violação de deveres surgidos no âmbito de uma relação específica entre as partes que se mantém *post pactum finitum* e que impõem tutela da confiança (deveres acessórios entre as partes impostos pela boa-fé), situa-se a referida responsabilidade numa via intermédia, entre a contratual e a delitual, sendo de reconduzir à terceira via.

c) O contrato com eficácia de proteção em relação a terceiros.

Também no instituto “*contrato com eficácia de proteção em relação a terceiros*”, os **deveres acessórios** que vigoram entre as partes tutelam a posição de terceiros, não partes no contrato, sempre que o terceiro lesado apresente uma posição de tal modo próxima com o credor que justifique a extensão da proteção conferida pelo contrato em relação a ele.

³⁵ Menezes Leitão, *idem*, pág. 358

³⁶Referindo Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé*, II, pp. 625 e ss., *Tratado*, II-2, pp. 657 e ss. e tomo IV-*Cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção, garantias*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 61 e ss. e Rui de Alarcão, *Obrigações*, pp. 53 e ss., Ribeiro de Faria, *Obrigações*, I, pp.131 e ss. e Nuno Pinto Oliveira, *Obrigações*, I, pp. 95-96.

Sempre que o contrato confira um direito indemnizatório pelos danos que terceiros sofram, não em virtude do incumprimento de um dever de prestar – que só existe entre as partes (princípio da relatividade das convenções) –, mas pela violação de outros deveres, deveres esses integrados na relação contratual (complexa) no seu todo³⁷, gera-se responsabilidade.

Tal tutela decorre de deveres específicos, impostos pela boa-fé, em que se inclui o de proteção, que a lei impõe em relação às partes (*cfr.* as disposições legais acabadas de citar, sendo exemplos fornecimento defeituoso a empresário que vem a causar danos aos seus trabalhadores e contrato de arrendamento para habitação, originando deveres de cuidado cuja violação acarretará responsabilidade do senhorio face aos familiares do arrendatário que com ele habitem).

Impondo-se no caso de **contrato com eficácia de proteção de terceiros** que o lesante suporte os danos que causou ao lesado, não podendo deixar de se considerar preenchida responsabilidade civil³⁸ (como analisa Menezes Leitão³⁹, citando Carlos Mota Pinto, Menezes Cordeiro, Sinde Monteiro, Carneiro da Frada e Carlos Ferreira de Almeida⁴⁰ e referindo exemplos de violação de deveres de proteção) e não resultando tal violação do incumprimento de obrigação previamente assumida (contrato) nem de violação de um dever genérico de respeito dos direitos absolutos (delito), mas de violação de deveres surgidos no âmbito de uma relação específica entre as partes que impõem proteção (deveres acessórios entre as partes impostos pela boa-fé que se estendem a próximos do credor), situa-se a referida responsabilidade numa via intermédia, entre a contratual e a delitual, sendo, também, de reconduzir à terceira via⁴¹.

³⁷ Manuel A. Carneiro da Frada, UMA «TERCEIRA VIA» NO DIREITO DA RESPONSABILIDADE?, pág. 88 e segs.

³⁸ Analisa Maria da Graça Trigo e Rodrigo Moreira, *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das obrigações em Geral*, Universidade Católica Editora, pág. 1103: caracterizarem-se tais contratos “por fundamentarem deveres de proteção e cuidado em face de certos terceiros, embora não concedendo a estes direito a prestação” e “Os danos causados a terceiros abrangidos pela eficácia protetora do contrato podem originar uma pretensão indemnizatória fundada em responsabilidade obrigacional e/ou em responsabilidade extraobrigacional, por violação de direito absoluto, ocorrendo uma situação de concurso de títulos de responsabilidade civil (*cfr.* Almeida Costa, 2009: 546-553, e, noutra perspetiva, Pinto Monteiro, 1985: 425-433). Para maiores desenvolvimentos sobre os fundamentos da extensão da eficácia protetora dos contratos, entre a integração da autonomia da vontade e considerações de justiça e razoabilidade, que justificam este desenvolvimento *praeter legem* do direito objetivo, *vd.* Carneiro da Frada, 2004: 135- 144, nt. 108”.

³⁹ Menezes Leitão, *idem*, pág. 358

⁴⁰ Referindo Carlos Mota Pinto, *Cessão*, pp. 419 e ss., Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé*, II, pp. 619 e ss., e *Tratado*, II-2, pp. 650 e ss., Sinde Monteiro, *Responsabilidade*, pp. 518 e ss., Carneiro da Frada, *Contrato*, pp. 43-44 e 71-72, e nota (143), Uma “terceira via”, pp. 88 e ss. e *Teoria da Confiança*, pp. 135 e ss., nota (108) e Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos*, II, pp. 57-58.

⁴¹ *Cfr.* Maria da Graça Trigo e Rodrigo Moreira, *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das obrigações em Geral*, Universidade Católica Editora, pág. 1103.

Destarte, a terceira via, uma outra encontrada no Sistema pela Doutrina moderna e que se está a impor na Jurisprudência, fundada em violação de deveres acessórios de conduta impostos pela boa-fé no domínio dos negócios (desde a fase das negociações - pré-contratual - podendo vigorar após a realização da prestação com a consequente cessação do contrato - pós-contratual – e, mesmo, na falta de contrato celebrado entre lesante e lesado) é uma via intermédia entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade delitual que, não ocupando o espaço privativo de nenhuma das outras modalidades, chama a si **todos os casos de violação de deveres acessórios de conduta no domínio negocial**.

*

III. A *ratio* e o interesse prático da autonomização.

Na prática cabe determinar, perante as **circunstâncias do caso**, se estamos perante responsabilidade extracontratual ou contratual (ou, a enquadrar-se em ambas, se o regime desta tem de imperar sobre o daquela) ou se de outra modalidade de responsabilidade civil subjetiva se trata, sendo que a qualificação a realizar assume particular relevância, dadas as diferenças de regimes, desde logo ao nível da **prova**, o que assume extrema importância face ao soçobrar de pretensões indemnizatórias na inobservância do *onus probandi*.

E as **questões que se colocam**, a esse nível, são as de saber se nas situações da dita responsabilidade “*quase obrigacional*” o lesado beneficia ou não da presunção de culpa prevista para a responsabilidade obrigacional e do demais regime da responsabilidade contratual; se, ao contrário, se aplica o da responsabilidade extracontratual; ou se o regime é a construir, em função das circunstâncias do caso, na consideração dos regimes consagrados por lei. As respostas a dar a tais questões dependem da posição que se assuma perante a natureza jurídica da modalidade da responsabilidade⁴² aqui em causa.

⁴² Com relação à responsabilidade pré-contratual destaca Elsa Vaz de Sequeira, *Estudos sobre responsabilidade civil*, pág. 38, “*três correntes de pensamento*”:

a) *a que qualifica esta figura como responsabilidade extraobrigacional, baseando-se para tanto na remissão para o artigo 498º, que estabelece o prazo de prescrição para a responsabilidade aquiliana, operada pelo nº2 do art. 227º, na ideia de prevenção de perigos e na ausência de uma relação jurídica prévia entre o lesante e o lesado (nota Almeida Costa (2018), pp. 86 e ss.);*

b) *a que a identifica com a responsabilidade obrigacional, por assentar na violação de deveres específicos e não de deveres genéricos (notas Menezes Cordeiro (2021), pp. 277 e ss., Carlos Mota Pinto (1970), pp. 350-353) e Acs do STJ de 24.6.2014 (4806/07.ITVLSB.L1.S1) e 19.03.2002 (02A065). No fundo, haveria aqui uma relação obrigacional sem um dever principal de prestar (nota Fernando Oliveira e Sá (2023), p. 614).*

c) e, finalmente, *a que reconhece autonomia a esta modalidade em face das duas anteriores, apelidando-a, por isso, de terceira via. De acordo com esta visão, a responsabilidade pré-contratual caracteriza-se justamente pela presença e violação de deveres especiais, sem existir uma prévia relação entre o lesante e o lesado. A junção destes dois aspetos justifica a sua autonomização (notas Baptista Machado (1991a), pp. 366 e ss., (1991b), pp. 546 e ss., 574 e ss., Carneiro da Frada (2004), pp. 757 e ss., (1997), pp. 85 e ss., Menezes Leitão (2022), pp.*

Na **responsabilidade extracontratual** incumbe ao lesado o ónus de provar todos os pressupostos consagrados no nº1 do art. 483º, entre eles a culpa do autor da lesão, nos termos dos artigos 487º, nº 1 e 342º, nº 1, salvo existindo presunção especial de culpa e a obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, só existe nos casos especificados na lei - v. nº 2 do artigo 483º. Assim, a responsabilidade civil extracontratual pressupõe a culpa do agente, por dolo ou mera negligência, incidindo sobre o lesado, em regra, o ónus de a provar.

O artigo 798º, ao estatuir “*O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor*”, enuncia o “princípio geral da **responsabilidade obrigacional** subjetiva”, que, como a delitual (art. 483º), supõe um ilícito (aqui o incumprimento, a injustificada desconformidade entre a conduta devida e a conduta realizada pelo devedor), a culpa, um dano e uma relação causal entre aquele e este⁴³, (sendo que, neste regime, há uma presunção geral de culpa do devedor (nº1, do art. 799º), diversamente do que sucede na responsabilidade extracontratual que, na verdade, a regra é a de o credor da indemnização ter de provar (nº1, do art. 487º)). Do nº1, do art. 799º decorre uma presunção de culpa do devedor pelo não cumprimento, tendo, contudo este de ser, efetivamente, provado, bem como os demais pressupostos, seja qual for a modalidade, pelo credor⁴⁴, sendo a culpa, nos termos do nº2, “apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil”, remetendo-se, assim, para o nº2, do art. 487º, sendo esta “o não cumprimento de um dever jurídico: o dever de diligência e este dever legal de conteúdo indeterminado (diligência juridicamente devida) é a que teria tido um bom pai de família colocado nas circunstâncias do agente, daí decorrendo que tal diligência tem uma medida diversa para o mesmo ato se o agente for um profissional ou não, exigindo-se àquele uma perícia, conhecimento, qualificações não esperáveis deste⁴⁵.”

Neste conspecto, tal como na responsabilidade delitual, a responsabilidade obrigacional subjetiva supõe um ilícito (sendo nesta o incumprimento e naquela a violação de um direito absoluto do lesado), a culpa, um dano e uma relação entre aquele e este. Porém, enquanto na responsabilidade delitual a regra é a de que a culpa seja provada pelo credor da indemnização (nº1, do art. 487º), na responsabilidade contratual há uma presunção geral de culpa do

350 e ss., Ferreira de Almeida (2022), p. 210, Dário Moura Vicente (2001), pp. 273-274, perante a hibridiz desta figura, sustenta que a mesma possui uma natureza mista ou dualista, não sendo reconduzível nem à responsabilidade aquiliana nem à responsabilidade obrigacional. V., ainda, Gonçalo de Almeida Ribeiro (2019), pp. 216 e ss. Nuno Pinto de Oliveira (2011), p. 212, considera a responsabilidade pré-contratual uma terceira via de responsabilidade, exceto nos casos de violação do dever de conclusão do contrato, em que assumiria a forma de responsabilidade contratual e Acs. do STJ de 25.10.2012 (2625/09.0TVLSB.L1.S1), 27.09.2012 (3279/04.0TVLSB.L1.S1) e 06.12.2010 (44/07.1TBGDL.E1.S1)" negrito nosso.

⁴³ Ana Prata, *Idem*, pág. 997.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 998.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 633.

devedor (nº1, do art. 799º), tendo, contudo, de ser provado o não cumprimento (incumprimento), a ilicitude, bem como os demais pressupostos da responsabilidade civil. Sendo os pressupostos de qualquer modalidade de responsabilidade civil por ato ilícito a ação, a ilicitude, o dano, o nexó de causalidade e a culpa, residem as diferenças, essencialmente, no facto de **na responsabilidade contratual, a culpa do lesante se presumir** (sendo, também, quanto aos regimes, diversas as regras da prescrição, com prazos de prescrição mais curtos na responsabilidade delitual (art. 498º) do que na obrigacional, esta sujeita em princípio ao prazo ordinário de prescrição das obrigações, há ainda um regime de responsabilidade por actos de terceiro muito diferente (art. 500º e 800º) e à regra da solidariedade, estabelecida no art. 497º do Código Civil, para a hipótese de existir uma pluralidade de responsáveis na responsabilidade civil delitual, contrapõe-se igualmente ao princípio da conjunção quando existe uma pluralidade de responsáveis na responsabilidade obrigacional (art. 514º, *a contrario*)⁴⁶).

Na verdade, ciente de que em muitos casos a prova da culpa pode ser difícil, o legislador estabeleceu situações de inversão do ónus da prova, em que a responsabilidade continua a depender da culpa do agente, mas essa culpa se presume, como ocorre na responsabilidade contratual.

E quanto a “**Cumprimento e não cumprimento das obrigações**”, cumpre referir que, regulando-o o Capítulo VII, arts 762º e segs, aquele, de acordo com o nº1, do art. 762º, consiste na realização da prestação devida. É a realização voluntária da prestação pelo devedor, que a ela se vinculou⁴⁷, impondo o nº 2 que a conduta de ambas as partes na relação obrigacional se pautela pelas **regras da boa-fé**. Atuar de boa-fé no cumprimento da obrigação é agir com o maior empenho, lealdade e correção na realização da prestação a que o devedor se encontra adstrito⁴⁸, sendo o vínculo obrigacional uma realidade complexa, que não se reconduz ao mero dever de prestar a cargo do devedor, englobando deveres acessórios de conduta, baseados na boa-fé: deveres de lealdade, de esclarecimento, de colaboração, de proteção⁴⁹. O nº2 enuncia o princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações contratuais e no exercício do direito de crédito correspondente, revelando-se a aceção objetiva da boa-fé, enquanto norma de conduta ou critério do agir humano⁵⁰. Tal princípio desdobra-se em

⁴⁶ Manuel A. Carneiro da Frada, FORJAR O DIREITO, pág. 163.

⁴⁷ “*Strito sensu*, o cumprimento da obrigação é a realização voluntária da prestação devida. É a actuação da relação obrigacional, no que toca ao dever de prestar (A. Varela, *Obrigações*, 2º-7)”, in Abílio Neto, Código Civil Anotado, 20ª Edição, Ediforum pág. 766.

⁴⁸ A. Varela, *CJ*, 1987, 4º, 21.

⁴⁹ Ac. do STJ de 12/6/2003, proc. 03B573.dgsi.net, in Abílio Neto, Código Civil Anotado, 20ª Edição, Ediforum pág. 768.

⁵⁰ Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das obrigações em Geral*, Universidade Católica Editora, pág. 1030.

deveres secundários da prestação e principalmente de **deveres acessórios de conduta** que recaem, por igual, sobre ambos os sujeitos da relação jurídica (RLJ, 106º, 52)⁵¹. Resulta, pois, que, da boa-fé no cumprimento, decorrem, para o devedor, variados deveres acessórios, impondo-se-lhe, que omita todos os atos que possam pôr em causa um comportamento pontual e que empreenda todos os comportamentos que se mostrem necessários para que aquele tenha lugar⁵².

A boa-fé, imposta pelo nº2, do art. 762º, ilumina e reflete-se em **toda a economia do contrato e durante todo o período da sua execução** vinculando os contraentes à observância de comportamento que não destoe da ideia fundamental da leal cooperação que está na base do contrato⁵³ e refere-se tanto aos deveres principais ou típicos da prestação e aos deveres secundários ou acidentais como aos deveres acessórios de conduta⁵⁴.

As obrigações laterais ou acessórias surgem como o resultado do comprometimento das partes, ligadas ao cumprimento das obrigações principais, com estas coenvolvidas, estando muitas vezes, na base de todo o desenvolvimento negocial e, até, o determinando⁵⁵, impondo-se, no cumprimento das obrigações, o dever de agir com honestidade e consideração pelos interesses da outra parte⁵⁶.

O princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações contratuais, que funciona em termos bidirecionais, impõe às partes outorgantes que atuem *“na realização do direito e no cumprimento das obrigações correspondentes, de forma reta, leal e honesta, observando elevados padrões de lisura e de probidade, e em termos que contemplem o interesse da contraparte. A boa-fé conforma, nesta medida, os termos da execução da prestação devedora, impondo um cumprimento, não meramente formal, mas também (...) em termos adequados à realização do interesse do credor. O princípio da boa-fé tem uma importância genética, na medida em que fundamenta a constituição de deveres acessórios ou laterais de conduta, não diretamente explicitados num preceito da lei nem no conteúdo contratual. Neste sentido, o cumprimento (integral e pontual – cfr. artigos 406º, nº1 e 763º) da prestação tem de ser acompanhado, sempre que as circunstâncias do caso o reclamem (v.g., o tipo de negócio, a natureza do bem ou do serviço contratado, as condicionantes objetivas e*

⁵¹ Abílio Neto, *Código Civil Anotado*, 20ª Edição, Ediforum pág. 767.

⁵² Ana Prata, *Código Civil Anotado*, volume I, 2017, Almedina, pág. 960.

⁵³ A. Varela, *Obrigações*, 187, in Abílio Neto, *Código Civil Anotado*, 20ª Edição, Ediforum, pág. 767.

⁵⁴ Cunha de Sá, *Abuso de Direito*, 173, in Abílio Neto, *Código Civil Anotado*, 20ª Edição, Ediforum, pág. 767.

⁵⁵ Ac. do STJ de 14/7/2009, proc. 2406/06.2TVSLB.S1.dgsi.net, in Abílio Neto, *Código Civil Anotado*, 20ª Edição, Ediforum, pág. 769.

⁵⁶ Ac. do STJ de 17/9/2009, proc. 841/2002.S1.dgsi.net, in Abílio Neto, *Código Civil Anotado*, 20ª Edição, Ediforum, pág. 769.

materiais do local ou do modo do cumprimento) pela observância de deveres de cuidado (v.g. a adequada embalagem do bem; o transporte cuidado do bem), de proteção, de informação e de lealdade. A boa-fé reclama dos contraentes, pois, estritos deveres de cooperação. (...)

Entre os deveres acessórios, fundamentados – direta ou indiretamente – na boa-fé, cumpre relevar deveres de proteção, certos deveres de lealdade e deveres de informação”⁵⁷, sendo abordados pela doutrina como padrões de conduta⁵⁸.

Destarte, “o cumprimento da obrigação deve pautar-se por exigências de informação e de esclarecimento, de proteção e de cuidado, e de diligência” e verificando-se a sua inobservância no âmbito de contrato “**há fundamento de responsabilidade civil obrigacional** – v. Menezes Cordeiro, 2017:420. Por conseguinte, a responsabilidade obrigacional pode ancorar-se no incumprimento de deveres principais, secundários ou laterais – vd. Brandão Proença, 2017: 280.Vd., ainda, Almeida Costa, 2009:76-80”⁵⁹. Assim, o não cumprimento/cumprimento defeituoso pode resultar tanto do não cumprimento de deveres principais e secundários como de deveres acessórios. Vem, assim, sendo entendido que a **boa-fé no cumprimento da obrigação** abrange os atos preparatórios e instrumentais quanto ao cumprimento assim como os comportamentos subsequentes à entrega do bem ou à realização da prestação.

E no âmbito do **instituto da responsabilidade pré-contratual** (em que não há, ainda, contrato) temos que se impõe às partes durante as negociações tendentes à celebração de um contrato a sua submissão ao **princípio da boa-fé objetiva**, enquanto regra de conduta, **dependendo as obrigações pré-contratuais das circunstâncias do caso**, sendo, efetivamente, as seguintes as “mais comuns: 1. **Obrigação de informação** que tem por objeto todo o conteúdo contratual e sua explicação, de modo a ser compreensível pela contraparte (v. arts. 5º e 6º do DL nº 446/85, de 25 de outubro, como suas especificações), as regras de direito aplicáveis, sempre que tal se justifique, as características dos bens e serviços, sua utilização e seus riscos, que o contrato tenha por objeto a existência de negociações paralelas em alguns casos (...) ou as circunstâncias susceptíveis de obstar à conclusão do contrato; 2. **Obrigação de sigilo** relativa a todos os factos conhecidos no quadro da relação pré-contratual e por causa dela (...). 3. **Obrigação de lealdade**, da qual

⁵⁷ Ana Filipa Morais Antunes, *idem*, pág. 1030.

⁵⁸ *Cfr.* Menezes Cordeiro, Tratado, I-1, p. 407 e Obrigações, 1º, págs 149 e segs e Da Boa Fé, págs. 586 e segs e Luís Menezes Leitão, *Idem*, pág. 55.

⁵⁹ Ana Filipa Morais Antunes, *idem*, pág. 1031 e seg.

decorre a necessidade de respeitar a contraparte, não usando coação, nem se aproveitando da debilidade dela, e na qual repousa a exigência de não romper arbitrariamente e inesperadamente as negociações, em particular quando estas atingiram um estágio avançado”⁶⁰ (negrito nosso).

Neste domínio, a ilicitude, pressuposto da responsabilidade civil, consubstancia-se no não cumprimento de uma obrigação pré-contratual, no desrespeito pelas regras da boa-fé⁶¹, na não observância de deveres específicos que não adstringem a generalidade das pessoas.

Não existindo, ainda, contrato (responsabilidade pré-contratual), ou já não existindo ou não existindo um celebrado com o terceiro, próximo do credor, lesado, situações que têm de comum violação de deveres específicos ainda na área negocial mas fora de contrato, o fundamento de responsabilidade civil, assente em violação de específicos deveres, como os que decorrem do princípio da boa-fé, tem de ser encontrado não em violação de contrato ou em delito, que não existem, mas **em outra via**, que resulta querida pelo legislador ao impor tais deveres (como transparece da expressa consagração da responsabilidade pré-contratual (art. 227º)). E cumpre, indo mais longe relativamente ao, expressamente, consagrado, no sentido do encontro dos valores fundamentais do sistema, nesta outra via não pode deixar de se terem por englobadas todas as, análogas, situações intermédias (entre a responsabilidade delitual e a obrigacional) tuteladas pelo princípio da boa-fé (nº2, do art. 762º) em que existem específicas relações obrigacionais sem dever de prestar principal.

Atuações de desrespeito de deveres de conduta impostos pela boa-fé em relações obrigacionais sem dever de prestar principal, que não encontram tutela em contrato nem em delito, mas que surgem como violadoras de deveres específicos que imperam no sistema regulador dos negócios, encontram tutela que, não sendo a da responsabilidade contratual nem a da extracontratual, se tem de enquadrar numa outra via.

E sendo o regime da, de diversa natureza, terceira via, necessariamente diferente do da extracontratual e do da contratual, deve ser-lhe aplicado, por analogia, o que se mostrar adequado e mais favorável às situações integradas na sua constelação. E por, ainda, de violação de deveres específicos dos negócios se tratar, deve o mesmo ser construído na consideração do consagrado no que aos negócios concerne.

⁶⁰ Ana Prata, *Código Civil Anotado*, volume I, 2ª Edição, Almedina, pág. 313.

⁶¹ Maria da Graça Trigo, *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Universidade Católica Editora, pág. 512, esclarece “alguma doutrina, estrangeira e nacional, defende a autonomização da responsabilidade pela confiança em relação ao princípio da boa fé, pelo que, na responsabilidade pré-contratual, não estará em causa a tutela da confiança propriamente dita [Carneiro da Frada (2004) *passim*]”.

Não se trata de razões a prenderem-se com utilidade e efeito útil a conduzirem à criação de mais uma figura e de se ver vantagens na terceira via as que justificam o seu reconhecimento, a sua admissibilidade e existência legal. Mais do que isso, é, mesmo, o imperativo lógico e a necessidade prática a exigí-lo. É a **necessidade**, que advém da constatação da diversa natureza e de, por isso, se ter de, logicamente, atribuir a cada instituto o que lhe pertence e de enquadrar noutra modalidade a constelação de casos que têm idêntica natureza, distinta das demais, que demanda o reconhecimento de uma outra via de responsabilidade, autónoma das clássicas, a englobar o similar que a nenhuma das outras modalidades pertence e a impor a **construção do adequado regime para a mesma dentro do espírito do sistema**.

E da separação de águas (com a terceira via de responsabilidade civil na zona intermédia da contratual e da extracontratual), não resulta o enfraquecimento do regime da responsabilidade civil contratual, pois que o que densifica aquela via não pertence a esta, estando a mesma **fora de contrato**. Com efeito, a terceira via a **específicos deveres**, impostos por lei, a específicas obrigações sem dever de prestar principal, se reporta, o que se não insere em qualquer das vias expressamente reguladas.

Ora, dessa constatação não pode deixar de se extrair autónoma qualificação e, na falta de estatuição legal a regular diversamente, tem de ser construído o seu regime, na parte não regulada, com recurso à analogia.

Assim, o ónus de demonstração da ilicitude, também nesta modalidade de responsabilidade civil subjetiva (incumprimento de um dever de conduta imposto pela boa-fé no mundo dos negócios, seja pré-contratual, com eficácia pós-contratual ou de proteção de terceiros), cabe a quem pretenda fazer valer o direito, mais lhe cabendo, o ónus da prova dos restantes pressupostos da responsabilidade civil, com exceção da culpa, que deve, também, nesta modalidade ser presumida (nº1, do art. 342º e nº1, do art. 799º, aplicável por analogia - artigo 10º).

Destarte, a **ratio do regime híbrido da terceira via da responsabilidade civil**, a encontrar no específico regime (existindo, logo, a densificá-lo o nº2 do art. 227º), no que é comum aos regimes estatuídos e, no demais, a construir nas circunstâncias do caso a ele subsumível e dentro do espírito do sistema, sem descurar a função de proteção da parte mais fraca e de realização da justiça, reside na **diversa natureza, reconduzida a situações de**

violação, no domínio negocial, da boa-fé no direito civil, fonte de deveres específicos⁶², em que existem relações obrigacionais sem dever de prestar principal.

*

IV. A Jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Vista a posição da Doutrina e defendida a tese que nos merece acolhimento, cumpre analisar a orientação da Jurisprudência dos nossos Tribunais quanto a tal questão.

Um olhar sobre a Jurisprudência leva à constatação de **responsabilidade civil subjetiva fora das modalidades tradicionais** e ao acolhimento da tese da admissibilidade de uma terceira via na responsabilidade civil no nosso Direito da Responsabilidade, que abrange situações de violação de deveres impostos pela boa-fé (seja pré-contratual seja pós-contratual seja, mesmo, fora do contrato) em situações de relações obrigacionais sem dever de prestar principal, como se pode constatar, entre outros, nos seguintes Acórdãos, todos acessíveis *in dgsi.pt*:

- **Ac. da Relação do Porto de 5/2/2024, proc. 842/21.3T8PVZ.P1, por mim relatado**, onde num caso para a Autora fazer valer o direito de indemnização por responsabilidade civil da empresa de inspeção de veículos automóveis com quem contratou a inspeção ao seu veículo - embora ficando provado que a queda da Autora após realizada a inspeção, foi causada, unicamente, pela sua conduta culposa, que, entrando em zona assinalada como de acesso proibido a pessoas estranhas ao serviço de **atividade** de inspeções de veículos automóveis e caminhando distraída, caiu numa fossa (iluminada), e, por isso, decidido foi estar a indemnização totalmente excluída, apenas à Autora podendo ser imputado um comportamento ilícito e culposo (culpa da lesada) - se entendeu comportar a responsabilidade civil, além das modalidades clássicas, uma terceira via, “a englobar situações como a de violação de deveres que decorrem da boa-fé, geradora de responsabilidade pré-contratual (art. 227º, do Código Civil) e pós-contratual, de violação de deveres específicos decorrentes do dever de boa-fé negocial que, não chegando a constituir obrigações em sentido técnico, se apresentam como um mais relativamente aos deveres genéricos de respeito contrapostos aos direitos absolutos, em que a proteção e a confiança impõem tutela”;

- **Ac. do STJ de 7/11/2019, proc. 153/13.8TCGMR.P1.S1 (Relatora: Maria da Graça Trigo)** onde se analisa, relativamente a responsabilidade pré-contratual, “Autores há que a consideram exemplo de uma terceira via de responsabilidade, orientação que permite aplicar o regime de uma ou outra daquelas categorias de responsabilidade civil, em função do problema em causa”; “podendo discutir-se a sua qualificação como responsabilidade contratual ou como responsabilidade

⁶² António Menezes Cordeiro (Coord), *Código Civil Comentado, I – Parte Geral*, Almedina, pág. 664.

extracontratual; e admitindo-se, em alternativa, a configuração como uma situação da denominada “terceira via” da responsabilidade civil”;

- **Ac. Relação de Coimbra de 27/5/2015, proc. 512/13.6TBCBR.C1 (Relator: Jaime Carlos Ferreira)** que, citando a sentença recorrida, refere: *“a responsabilidade pré-contratual situa-se num meio termo entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, não emergindo, em rigor, do incumprimento de uma obrigação previamente assumida, nem, por outro lado, da violação de um dever genérico de respeito de direitos absolutos, mas antes de deveres surgidos no âmbito de uma relação específica entre as partes, que impõe a tutela da confiança no âmbito do tráfego negocial – poder-se-á falar, com alguma propriedade, de uma “terceira via da responsabilidade civil”.*

Trata-se de um tipo de responsabilidade civil que não é extracontratual, nem contratual propriamente dita, mas em relação à qual, por virtude de os seus pressupostos se gerarem num quadro de negociações tendentes à formação de um contrato, se devem aplicar as regras da responsabilidade civil contratual, sendo necessário, evidentemente, que tal conduta ilícita e culposa, tenha provocado danos à contraparte, entendidos estes como todos os prejuízos sofridos por esta última”.

- Também os **Acs. da Relação do Porto de 7/12/2023, proc. 1311/21.7T8PVZ.P1 (Relatora: Judite Pires)** a referir “Com a criação da figura da perda de chance pretendeu-se ultrapassar a tradicional dicotomia responsabilidade contratual/responsabilidade delitual, conferindo expressão aos que defendem uma terceira via de responsabilidade civil assente na ideia de uma função moralizadora, que tutele as expectativas dos cidadãos numa inter-relação que deva pautar-se pelo respeito de princípios éticos fundamentais” e o do **STJ de 19/12/2018, proc. 1337/12.1TVPRT.P1.S1 (Relator: Fonseca Ramos)**, aludindo a “padrões de moralidade e eticidade, como advogam os defensores da denominada terceira via da responsabilidade civil”.

*

V. CONCLUSÃO:

. A **responsabilidade civil subjetiva**, na consideração da diversidade das naturezas jurídicas, comporta as seguintes modalidades:

i) a **extracontratual** (delitual/aquiliana), que emerge da **violação de normas que impõem deveres de ordem geral** e, correlativamente, de direitos absolutos do lesado (violação de normas gerais que tutelam interesses alheios impondo deveres genéricos de respeito);

ii) a **contratual** (obrigacional), fundada em violação de contrato (falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contratos, estando em causa a **violação de direitos de**

crédito ou de obrigações em sentido técnico, nelas se incluindo não só os deveres primários de prestação, mas, também, deveres secundários e pode resultar do não cumprimento de deveres principais ou secundários ou de deveres acessórios de conduta);

iii) a “terceira via”, relativa a heterogéneos casos de **violação de deveres específicos impostos pelo princípio da boa-fé** (deveres de segurança, informação ou lealdade), como nas responsabilidades pré-contratual e pós-contratual e, ainda, outras violações daqueles deveres que se configurem fora de contrato, decorrentes do dever de boa-fé negocial, que preside a todo o Sistema.

. Um ato será **ilícito**, preenchendo o pressuposto da responsabilidade civil atinente à ilicitude, se, injustificadamente, violar:

- um **dever especial** resultante de uma **relação preexistente** (na responsabilidade contratual);

- um **dever genérico**, que a todos se impõe (na responsabilidade delitual);

- um **dever especial sem relação jurídica prévia** entre o lesante e o lesado (na responsabilidade intermédia, uma terceira via de responsabilidade).

. **Deveres genéricos** impõem a todos cuidados e **deveres no tráfego** impõem cuidados a quem cria especiais perigos, regras da boa-fé, esta a fundamentar a constituição de **deveres especiais ou laterais de conduta**, demandam a proteção da contraparte num contrato, e, **fora de contrato**, deveres especiais impostos pela boa-fé constituem **especiais vinculações, cujas violações são, também, geradoras de responsabilidade civil**.

. Situações se geram de interpenetração e de **concurso**, mais frequente no domínio do cumprimento defeituoso, caminho fértil para danos diversos, do domínio contratual e delitual, podendo uma única pretensão indemnizatória ter aquele duplo fundamento, concurso que, em regra, é meramente **aparente** (concurso de normas) dado que sempre que há violação de contratos nos temos de mover no específico regime destes (que consome o regime delitual), imbuído do princípio da autonomia privada (405º) e da liberdade contratual (nº1, do art. 406º), em todas as suas vicissitudes, o qual, mais favorável ao lesado, atento o espírito do sistema, se não pode abandonar, sequer em matéria de ressarcimento de danos.

. A responsabilidade obrigacional (art. 798º e segs), a via intermédia de responsabilidade (art. 227º e nº2, do art. 762º) e a responsabilidade extracontratual (art 483º e segs), modalidades autónomas de responsabilidade civil subjetiva, supõem um facto (ação ou omissão), a ilicitude, um dano, uma relação causal entre aquele e este e a culpa, sendo que naquele regime há uma presunção geral de culpa do devedor (nº1, do art. 799º), neste, em regra (a comportar exceções), tem de ser provada pelo credor da indemnização (nº1, do art.

487º), tal como os restantes pressupostos (sendo factos constitutivos do direito - v. nº1, do art. 342º), sendo o regime da terceira via, intermédia, na parte não especificamente regulada, a construir, com recurso à analogia (art. 10º), e por tratar de situações relativas a negócios a mesma se verifica, em regra, com o regime aplicável aos contratos, o mais favorável ao lesado.

. A **ratio da terceira via** reside na **necessidade de encontrar regulação** para a constelação de casos de violações de deveres específicos impostos pela boa-fé, fora de contrato e de delito, não contida nas modalidades expressamente reguladas.

. E revelando-se o nosso Código Civil mais sábio do que se poderia imaginar e sem deixar de ser comedido onde também importa sê-lo, cabe, ao seu interprete moldar os institutos iluminando o desenvolvimento do Direito para obter as respostas adequadas (proporcionais, equilibradas e equitativas) às necessidades da Justiça⁶³.

. Outrossim, avultando nas obrigações o contrato e o delito e impondo-se nos negócios o cumprimento de deveres impostos pela boa-fé, e sendo, ainda, “certo que a doutrina dispõe hoje de uma panóplia de arquétipos argumentativos e modelos de decisão suficientemente trabalhados para que os tribunais se possam lançar à resolução das complexas questões de responsabilidade de terceiros na formação do contrato com um discurso alicerçado e sólido, congruente e persuasivo, sem ter de temer a perda de controlo do direito da responsabilidade; prudente, mas a não carecer de forçar quadros de pensamento inapropriados, ou de deixar o chão firme do direito positivo”, mostra-se “importante que assim decidam os nossos tribunais, para fazer a justiça” em questões do domínio negocial e “não hão-de esquecer, tratando-se de um desenvolvimento do direito da responsabilidade civil, que lhes cabe encontrar o **equilíbrio** e a **proporção**, porfiar pelo “**justo meio**” que o Direito sempre prossegue”⁶⁴, na adequada solução do caso concreto onde aquela se materializa.

. Às obrigações sem dever de prestar principal, na constatação da sua específica natureza, assente na boa-fé, imposta pelo Sistema (*cfr.* arts 227º, nº1 e 762º, nº2), não em contrato ou delito, enquanto não houver reforma (com jurisdificação das obrigações sem dever de prestar principal) tem, no reconhecimento, como autónoma, de uma terceira via de responsabilidade civil, uma via intermédia de responsabilidade, de ser encontrado um regime integrado pelas

⁶³ Manuel Carneiro da Frada, *Responsabilidade Civil de Terceiros na formação do contrato – um apontamento, nos 50 anos do Código Civil, Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso, O Código Civil 50 anos depois: Balanço e Perspectivas*, Coordenação Agostinho Cardoso Guedes e Nuno Manuel Pinto Oliveira, Almedina, pág. 505 a 512, e, do mesmo autor, *cfr. Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra 2003, *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, 1994; *Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?/O problema da imputação dos danos a terceiros por auditores de sociedades*, Coimbra, 1997.

⁶⁴ *Ibidem*, pág. 505 a 512.

específicas disposições legais (cfr. nº2, do art. 227º), pelas disposições comuns às demais vias e, ainda, pelo regime a construir de acordo com o espírito do sistema, aplicando-se, por analogia (art. 10º), o regime adequado às circunstâncias do caso.

. Não pode, pois, deixar de se reconhecer inteira propriedade à denominação “**Terceira via da responsabilidade civil**”, mais uma a integrar o, de crescente complexidade, Direito da Responsabilidade, a conferir, nas circunstâncias do caso, adequação, proporcionalidade e equilíbrio, por imperativos de Justiça em matéria de ressarcimento de danos, e a anunciar os “*Novos Rumos da Responsabilidade Civil*”.

. **Novos Rumos da Responsabilidade Civil se multiplicam e ecoam:**

- aqui,
- nas Escolas de Direito,
- na barra dos Tribunais
- e na vida, no Mundo lá fora!

Nasceram já, e, fortemente, se sedimentam no Direito da Responsabilidade Civil para não mais poderem ser apagados e trazerem acrescidos e desejados **padrões de moralidade e eticidade**.