

Boa fé e responsabilidade civil decorrente da violação de deveres acessórios de conduta: o critério do «perímetro contratual» na delimitação do regime de responsabilidade aplicável

Gil Valente Maia ⁽¹⁾

Prolegómenos | Delimitação do objecto | Aproximação ao problema

É hoje consabido que a relação obrigacional, *maxime* a relação contratual, não se reconduz a uma estrutura formalista, tipicamente estática, onde predominariam unicamente prestações primárias ou típicas². Este desenho obrigacional, definitivamente ultrapassado nas concepções hodiernas obrigou, desde logo, a considerar uma relação obrigacional dinâmica, complexa,

¹ Advogado. Mestre em Direito das Empresas e dos Negócios pela UCP – Centro Regional do Porto (2019).

² Posição, aliás, corrente na doutrina nacional do dealbar do século XX, de forte pendor romanístico. Veja-se, neste sentido, GUILHERME MOREIRA quando caracteriza a obrigação como «(...) *uma relação jurídica em que há um sujeito activo, credor, a quem pertence o direito de exigir uma prestação de um sujeito passivo, devedor*». In *Instituições de Direito Civil*, Volume Segundo, 2.ª edição, Coimbra Editora Lda., Coimbra, 1925, *cit.* p. 10. Diferentemente, ensaiando uma versão moderna, e referindo-se já à noção de «sistema» ou «organismo» oriunda da doutrina alemã, cfr. RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Texto elaborado pelos Drs. J. de Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Brandão Proença, com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3.º ano Jurídico, Coimbra, 1983, p. 65.

compaginável com a realidade da vida prática onde, ao lado das prestações típicas que configuram o arquétipo obrigacional, emerge um feixe imenso de direitos e deveres e, bem assim, de ónus e expectativas, os quais se afiguram altamente complexos e entrelaçados, de tal sorte que é curial e pacífico falar-se em «*relação obrigacional complexa*» ou «*complexidade intra-obrigacional*»³, dada a multiplicidade de elementos jurídicos que se podem desentranhar da relação creditícia («*Schuldverhältnis im weiterem Sinn*»)⁴.

Destarte, encontra-se hoje pacificamente sedimentada a distinção entre prestações primárias ou típicas, deveres secundários e deveres acessórios ou laterais de conduta, como elementos jurídicos que coexistem na estrutura obrigacional⁵. A natureza auxiliar ou acessória dos deveres laterais, oscilando entre a sua previsão típica no programa contratual – ou a sua origem legal – e as valorações heterónomas da ordem jurídica, resultado de princípios éticos e de uma aproximação entre o universo jurídico e considerações de índole ético-valorativa⁶ suscitam alguns questões no que concerne ao regime de responsabilidade aplicável em caso de inadimplemento, problema que não se afigura isento de escolhos e com diferentes respostas na doutrina e na jurisprudência.

³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, Volume I, Almedina, Coimbra, 1984, p.586. No mesmo sentido, referindo-se à obrigação como «*realidade compreensiva*», cfr. DAVID RUAHALFIN, A recusa do dever de prestar antes do vencimento da obrigação: Comparação entre a ordem jurídica inglesa, a ordem jurídica portuguesa e o *draft common frame of reference*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 76, 2016, p.139.

⁴ «*Na sua configuração da vida real, a estrutura da relação jurídica apresenta-se, contudo, mais habitualmente como complexa. Como sugestivamente escreveu Cabral de Moncada, «de facto, na vida, as coisas não se apresentam com esta simplicidade a que a inteligência as reduz. As relações jurídicas aparecem, as mais das vezes, formando verdadeiros complexos de situações, às vezes inextrincáveis, metidos umas dentro das outras, e infinitamente ramificadas. (...)»*». Cfr. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, 5.ª edição, Universidade Católica Editora, 2009, *cit.* p. 121.

⁵ A terminologia é abundante e, nem sempre, estabilizada entre os diversos autores. Assim, encontra-se a designação deveres laterais (ESSER), deveres acessórios de conduta (PEDRO PAIS DE VASCONCELOS), obrigações laterais (MENEZES CORDEIRO), deveres de prestação lateral ou auxiliar (THIELE) ou ainda, numa formulação que nos parece particularmente feliz, dada a natureza e origem de tais deveres, a expressão deveres de consideração (MANUEL CARNEIRO DA FRADA). Para mais desenvolvimentos, cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 121 e ss.

⁶ Neste sentido, cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Os deveres (ditos) “acessórios” e o arrendamento*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, número 1, 2013, pp. 267-290.

Com efeito, a sua natureza instrumental, funcionalizada à prossecução da prestação principal, a sua *longevidade* (nascendo antes ou independentemente da existência de uma relação obrigacional, e prolongando-se após o desfecho desta), a sua feição fiduciária, assumindo-se como garantes de uma conduta proba, leal e expectável das partes no desenrolar da relação, bem como a desnecessidade de tais deveres estarem explicitamente inscritos no programa contratual suscita difíceis e interessantes questões, as quais não têm merecido resposta uniforme por parte da doutrina e jurisprudência.

Assim, antecipámos, desde já, algumas das questões nodais da presente investigação. Como imputar a uma das partes a violação de um dever quando o mesmo não está directamente inscrito no programa contratual, decorrendo unicamente da cláusula geral da boa fé – ou, noutra prisma –, como saber se tal dever se afigura verdadeiramente um dever acessório, com fundamento jurídico-contratual? Qual o limite da autonomia privada na consideração dos deveres acessórios? Nos casos em que o dever acessório violado, designadamente um «*dever de protecção*» não decorre da concreta estipulação das partes, como fundamentar uma pretensa responsabilidade *ex contractu* derivada do seu incumprimento?

O problema ganha particular relevância na consideração dos deveres de protecção, sobre os quais se tem debatido a sua inscrição no perímetro de protecção contratual, ou seja, saber se, no decurso de um contrato entre as partes, o direito absoluto de um dos contraentes (v.g. direito à vida, à integridade física) é afectado em resultado da violação dos chamados «*deveres laterais de protecção*», qual o regime de responsabilidade aplicável (responsabilidade contratual ou delitual)⁷.

Delimitado o objecto do presente estudo, importará, desde já, antecipar alguns dados sobre os seus resultados. Assim, não obstante algumas soluções

⁷ O tratamento de tal matéria encontra-se, *inter alia*, em RICARDO GASPARD DIAS, *Deveres de Protecção e a Fronteira entre a Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual: Um problema (também) de Direito Internacional Privado?* Universidade Católica, 2012.

titubeantes, tem surgido uma resposta interessante e inovadora – com contornos distintos da resposta tradicionalmente obtida na análise do tema. A resposta a tal problema, designadamente no que tange à consideração dos deveres de protecção, encontra-se na consideração do «*âmbito de previsão do contrato*» ou do «*perímetro contratual*»⁸, o qual procuraremos, após a análise da figura dos deveres acessórios e das respostas doutriniais a tal problema, desquiciar com o necessário detalhe.

Assim, o presente estudo comportará a seguinte sequência: far-se-á, em primeiro lugar, uma abordagem à figura dos deveres acessórios de conduta. Seguidamente, procurar-se-á revelar as várias teses em confronto quanto ao problema de saber o regime aplicável à respectiva violação e, por último, far-se-á referência ao «*perímetro contratual*» ou ao «*âmbito de previsão do contrato*» como uma das soluções encontradas pela jurisprudência para o problema em análise.

I. Relação obrigacional complexa e deveres acessórios de conduta

A dogmática contratual, repise-se, tem sido unânime ao considerar que a relação obrigacional é hoje um complexo múltiplo de elementos jurídicos, uma realidade heterogénea, composta por múltiplos elementos orientados para a realização contratual almejada pelas partes. Assim, o paradigma típico, ideal, em que, nos contratos sinalagmáticos, a cada prestação se associa uma única contraprestação, é um modelo abstracto, teórico e apartado da realidade dos factos, uma vez que as relações jurídicas (e as relações sociais) apresentam-se sempre conexionadas com realidades dinâmicas, complexas e amplas, e nunca com vínculos isolados ou estanques.

É, por isso, indesmentível que o contrato conleva uma autêntica «*ordem normativa*»⁹, uma densa malha de posições jurídicas que dimanam da relação contratual. A relação obrigacional não apresenta – só em casos muito raros pode

⁸ A expressão «*perímetro contratual*» encontra-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29-05-2014, relatado pelo Conselheiro Lopes do Rego, processo n.º 600/11.3TVLSB.L1. S1, disponível para consulta, à semelhança dos arestos doravante citados, em www.dgsi.pt.

⁹ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2007, p.443.

tal acontecer – uma feição tão linear ou simples, antes assumindo uma feição variável, poliédrica e multiforme. O programa contratual acordado entre as partes é, assim, matizado por uma multiplicidade de fontes, onde a autonomia privada não prescinde de uma multiplicidade de deveres que dimanam do princípio da boa fé e da realidade social (e do contacto social) em que o contrato assenta.

A relação jurídica una ou simples, em que o direito subjectivo e o correlativo dever jurídico (ou estado de sujeição, no caso dos direitos potestativos) se encontram umbilicalmente associados reconduz-se, hoje, a um mero esboço, mormente quando se trate de obrigações duradouras¹⁰⁻¹¹.

Assim, adquiriu foros de tradição falar-se, com acuidade, na «*estrutura e processo*» da obrigação, a qual compreende uma panóplia de actos derivados do mesmo facto constitutivo, transmutando-se ao longo do tempo, orientados para a satisfação do fim primacial pretendido pelas partes contraentes¹².

Com efeito, descrevendo a multiplicidade da relação creditícia, são lapidares as palavras de ALMEIDA COSTA, quando afirma: “(...) *numa compreensão globalizante da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos deveres de prestação --- tanto deveres principais de prestação, como deveres secundários ---, os deveres laterais (...), além de direitos potestativos, sujeições, ónus jurídicos, expectativas, etc. Todos os referidos elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o*

¹⁰ Note-se que a *complexidade* obrigacional é um conceito de tal forma sedimentado que é curial falar-se de *complexidade*, no sentido de se poder dilucidar um conjunto de deveres secundários e acessórios mesmo no caso de uma obrigação una ou simples. Tal significa que a *complexidade intra-obrigacional* constitui, hoje, o arquétipo típico de qualquer vínculo obrigacional. Neste sentido, e em termos sugestivos, a compreensão da obrigação como *totalidade* ou *sistema de processos* (*Gestalt*) com vários componentes estruturais, dirigidas a um determinado fim, com origem nos autores germânicos, tem ganho cada vez mais defensores. Neste sentido, cfr. CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, Editora FVG, Rio de Janeiro, 2006, pp.81-84.

¹¹ No mesmo sentido, escreve DAVID MAGALHÃES: “*A predisposição da relação obrigacional duradoura para uma permanência temporal dá azo a um mais prolongado e intenso contacto pessoal entre as partes, que, assim, poderão revelar uma acentuada dependência relativamente ao comportamento negocial da outra em termos de preservação dos bens jurídicos de que são titulares e prossecução dos seus interesses. Este tipo de vinculação já levou Autores a sublinhar o elemento pessoal que lhe está ligado, próximo de um fenómeno associativo*”. In *Nótula sobre a Justa Causa de Resolução do Contrato de Arrendamento Urbano*, Julgar, n. 05, 2008, cit. p. 30.

¹² Explicando tais conceitos de forma minuciosa, cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, Almedina, Coimbra, 10.ª edição, 2000, pp. 64-65.

*conteúdo de uma relação de carácter unitário e funcional: a relação complexa em sentido amplo ou, nos contratos, relação contratual*¹³.

A orientação de que a obrigação constitui um vínculo que une o sujeito activo (credor) ao sujeito passivo (devedor), e da qual dimana uma única pretensão é hoje uma antiguidade de museu, definitivamente ultrapassada. Como vimos, tal constitui um esboço apartado da realidade. A relação obrigacional é hoje tida como comportando uma multiplicidade de pretensões e de vínculos, movendo-se em direcção ao fim pretendido pelas partes – uma verdadeira *relação-quadro*, na terminologia de HERHOLZ, a qual conleva «*deveres de prestação principais*», os quais correspondem às prestações típicas ou principais a cargo das partes e que determinam o fim do contrato; «*deveres de prestação secundários*», os quais correspondem a prestações autónomas que completam a prestação principal, sem a qual a mesma não teria utilidade e «*deveres acessórios de conduta*», decorrentes da boa fé e que visam assegurar o fim secundário ou mediato da prestação¹⁴.

A relação obrigacional é, pois, uma estrutura (*Gefüge*) e um processo (*Prozeß*), orientada para um determinado fim. O vínculo obrigacional representa uma multiplicidade de direitos, de obrigações e de situações jurídicas. É, pois, um vínculo *total*, na terminologia de LARENZ, uma vez que não se afigura como uma concepção atomística, mas como um somatório de elementos, funcionalizados entre si, visando um objectivo comum. Tal binómio «*obrigação -fim*» é hoje tido como um elemento nodal a atender na configuração da relação jurídico-obrigacional. Com efeito, a obrigação projecta-se em realização a uma determinada finalidade, cujo cumprimento pode determinar a assunção de determinados deveres – que, por se revelarem indispensáveis ao concreto *fim* – terão de ser inevitavelmente atendidos, não obstante a sua concreta estipulação (*finaler Sinn*). Como refere RIBEIRO DE FARIA, “(...) a relação obrigacional tem um sentido final e que

¹³ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, cit. p. 63.

¹⁴ Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA/ MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Incumprimento Resolutório: Uma introdução*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 97.

*ela só pode compreender-se quando se tiver sempre presente a sua ligação a um fim (die Bezogenheit auf ein Ziel) (...)*¹⁵.

Nesta sequência, é apropriado falar-se, na esteira de CARLOS MOTA PINTO, de um «sistema de vínculos emergentes do contrato»¹⁶. Conforme exemplifica o Autor, “(...) a relação formada entre comprador e vendedor não é só constituída pelo dever de pagar o preço e pelo correlativo direito ao preço. O devedor do preço é simultaneamente credor da entrega da máquina e existem outros vínculos entre as partes do contrato, v.g., eventuais direitos a uma indemnização por força de um não cumprimento, deveres acessórios (p.ex., o do vendedor de guardar a máquina, embalá-la, promover o seu transporte), deveres laterais (p.ex., o de informar sobre as condições de funcionamento da máquina, o de cuidado na sua instalação de modo a não lesar a pessoa ou os bens da contraparte, etc.), sujeições contrapostas a direitos potestativos, ónus, expectativas, etc. Este quadro ou género de vínculos que é a relação obrigacional complexa (espécie do género relação jurídica complexa) é por vezes imagicamente caracterizado como um organismo ou um «Gestalt», no sentido da «Gestaltpsychologie», entre nós chamada «psicologia da forma», e, pondo-se em relevo a sua adequação a um fim e a sua adaptação à evolução das circunstâncias, como um processo”¹⁷.

Do mesmo modo, a prossecução do fim visado pelas partes implicaria a consideração de determinados deveres que, inegavelmente funcionalizados e indispensáveis ao cumprimento da prestação principal, não decorriam directamente do texto contratual ou das estipulações das partes. Assim, a dogmática da relação obrigacional complexa e da consideração dos deveres acessórios de conduta remonta aos estudos de HERMANN STAUB sobre a violação positiva do contrato e as respectivas consequências jurídicas (*Die positiven Vertragsverletzungen un ihre Rechtsfegen*). O Autor problematizou a questão de

¹⁵ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Volume I, reimp. da edição de 1990, Coimbra, Almedina, 2003, pp.119-120.

¹⁶ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 4.ª edição, 2.ª reimpressão, 2012, p. 186.

¹⁷ CARLOS MOTA PINTO, *ob.cit.*, p. 187.

saber quais as consequências associadas às situações em que o devedor realiza a prestação, mas fá-lo defeituosamente ou causando danos ao credor. Para o referido Autor, tais situações, equivalendo a uma «*violação positiva do contrato*», configuravam uma lacuna no ordenamento alemão, dado que não se subsumiam ao instituto da impossibilidade do cumprimento ou da mora. A tese inventiva de STAUB, fortemente polémica, foi alvo da crítica contundente de HEINRICH STOLL, o qual, num artigo publicado em 1932 (*Abschied von der positiven Vertragsverletzung*) concluiu pela desnecessidade de recorrer à figura da violação positiva do contrato, uma vez que os casos identificados por STAUB configurariam, a final, uma verdadeira situação de impossibilidade ou mora, uma vez que a relação obrigacional teria de ser encarada como compreendendo os «*interesses da prestação*» e os «*interesses de protecção*», isto é, o cumprimento da prestação e os deveres de protecção. Neste conspecto, o ordenamento forneceria os mecanismos necessários para solucionar o problema, inexistindo uma verdadeira lacuna. A prestação, embora realizada, não o foi em termos tais que se revelasse insusceptível de produzir danos, já se a sua execução de revelou imperfeita ou defeituosa. Assim, ao lado das formas *tradicionais* ou *comuns* de incumprimento do dever de prestar – o atraso no cumprimento ou o incumprimento definitivo – a doutrina alemã introduz um *tertium genus*, o qual se define como a inexactidão e a violação dos deveres acessórios de conduta que integram a relação obrigacional¹⁸.

Destarte, a visão clássica, de inspiração romanística, que perspectiva a relação jurídico-obrigacional como uma relação una ou simples soçobrou perante o contributo da doutrina alemã do século XX e de novos desenvolvimentos doutrinários que superam a dicotomia entre mora e incumprimento absoluto. A configuração do vínculo obrigacional em torno do interesse principal do credor deve ser hoje objecto de uma análise mais lata, uma vez que “(...) o *cumprimento de um contrato pode não se bastar com o mero alcance do seu escopo fundamental. Nomeadamente pode suceder que se verifique um cumprimento defeituoso da*

¹⁸ Cfr., para uma descrição completa do problema, GIULIANA BONANNO SCHUNK, *Contratos de Longo Prazo e Dever de Cooperação*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 185 – 190.

*obrigação que seja causador de danos ao credor e como tal, gerador de responsabilidade civil por violação de dever acessório de conduta*¹⁹.

Deste modo, ao lado da prestação primária, já descrita, a doutrina salienta ainda a existência de deveres secundários ou acidentais (*Leistungspflichten*), os quais revestem duas modalidades: os deveres secundários meramente acessórios e os deveres secundários com prestação autónoma. A diferença entre ambos reside em que, no segundo caso, o dever de prestar pode revelar-se sucedâneo ou coexistente com o dever principal (*Nebenleistungspflichten*). Por fim, teríamos os deveres acessórios ou laterais (*Nebenplifchten*), os quais “(...) caracterizam-se por uma função auxiliar de realização positiva do fim contratual e de protecção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes”²⁰.

Assim, a consideração destes deveres acessórios ou laterais – intimamente conexos com a conduta proba e deferente que se impõe às partes na condução dos seus interesses²¹ – apela para a íntima ligação entre contrato, enquanto mecanismo de cooperação, e a realidade social que o envolve. Com efeito, o contrato é um instrumento de cooperação e não pode subsistir sem que o comportamento dos agentes não se afigure igualmente cooperante, isento de incongruências e leal²². A cordura do comportamento dos agentes apresenta, portanto, a vantagem de impedir que do contrato resultem litígios ou que este não cumpra os fins a que se destina. O Direito das Obrigações é, por definição, o

¹⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23-11-2017, relatado pelo Conselheiro Távora Vítor, processo n.º 2884/11.8TBBCL.G1.

²⁰ CARLOS MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, Coimbra, 2003, cit.p. 335.

²¹ “A boa fé, como princípio normativo de actuação – que é o conceito em que aqui releva (art.º 762º, n.º 2, do Cód. Civil) –, encerra o entendimento de que as pessoas devem ter um comportamento honesto, leal, diligente, zeloso, tudo em termos de não frustrar o fim prosseguido pelo contrato e defraudar os legítimos interesses ou expectativa da outra parte.” In Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-06-2012, relatado pelo Conselheiro António Joaquim Piçarra, processo n.º 1267/03.8TBBGC.P1. S1.

²² Alguma literatura, de expressão norte-americana, identifica a boa fé como um conceito de exclusão (*excluder*). Nesse sentido, escreve ROBERT J. SUMMERS: “It will be argued that good faith, as used in case law, is best understood as an “excluder” – it is a phrase which has no general meaning or meanings of its own, but which serves to exclude many heterogenous forms of bad faith.”. Vide ROBERT J. SUMMERS, “Good faith” in *General Contract Law and the Sales Provision of the Uniform Commercial Code*, Cornell Law Faculty Publications, Paper 1137, 1968, cit.p. 2.

capítulo do Direito Privado onde mais sobressai a ideia de cooperação, a necessidade de uma conduta activa e cooperante do devedor para a realização de uma determinada prestação, de tal sorte que EMILIO BETTI salientava, justamente, que este era o campo, por excelência, onde pontificava uma «*comunhão de esforços*», uma cooperação mútua entre as partes com vista ao cumprimento²³.

Assim, a configuração da relação contratual como um processo dinâmico e uma estrutura complexa, implicando a consideração de um feixe alargado de direitos, entre os quais certos direitos que não dimanam directa ou literalmente do conteúdo fixado pelas partes, implica o reconhecimento de uma tendência eticizante do negócio jurídico, o qual não se reconduz a uma categoria axiologicamente neutra ou deslocada da realidade que o coenvolve. A tutela contratual não pode, pois, obliterar a realidade social que envolve a dinâmica contratual, designadamente o conteúdo das vinculações assumidas, ou alhear-se da dimensão ética que deve enformar a conduta de qualquer contraente. Uma leitura meramente formalista, estática ou absolutamente objectivista do contrato redundaria numa solução iníqua²⁴.

²³ EMILIO BETTI, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução de Fernando de Miranda, Coimbra Editora Coimbra, Tomo I, 1969, p. 121. A mesma ideia é partilhada por DIOGO LEITE DE CAMPOS: “*Esta noção de cooperação é transponível, um pouco mais esbatida, para a sociedade em geral. Creio ser de afastar, como princípio, o poder do Estado como (único ou principal) instrumento de organização social e de cumprimento dos deveres. Não se pode desprezar a função dos deveres sociais, da ética individual, dos imperativos religiosos. É a estes que é devido o funcionamento não conflituante da sociedade.*” Cfr. DIOGO LEITE DE CAMPOS, *O credor e o contrato (Dívida e Responsabilidade)*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 76, 2016, Lisboa, cit. p.39.

²⁴ “*Many definitions of good faith contract behaviour have been given. In my view, no one definition will suffice universally. Rather, the variety of contexts in which good faith can become relevant in law requires a spectrum of definitions, ranging from exhortations to particularly moral and altruistic behaviour, through prohibition of particularly unacceptable conduct. The good faith of which I treat in this paper is far less idealistic than that at the other end. When I speak of good faith here, I refer to standards of appropriate behaviour relevant in the community. I believe that within any social grouping, there exists views and practices concerning standards of conduct in contract relations that are both widely shared and generally adhered to. These views and practices express in a day-to-day and practical sense the manner in which contracts are or are not to be negotiated and performed. Quite apart from ‘the words on the paper’, understandings dictate that, for instance, advantage can or cannot be taken of particular rights or situations. The good faith I consider is not necessarily the relevant community’s view of what the most moral and other-regarding contractor would do, though it is certainly a part of good faith more broadly defined. Rather, what interests me here is that community’s view of what range of conduct is appropriate. The ‘appropriate’ range will include the ‘very best’ behaviour, but will also incorporate less virtuous conduct. It is a circumstance-bound*”

Deste modo, o princípio da boa fé e a considerações destes deveres, ao colocarem em contacto o contrato com a realidade social, permitem grande margem de flexibilidade e adaptabilidade²⁵. O contrato não é visto como uma espécie de museu, cristalizada, distante da realidade de uma particular comunidade. Ao invés, a introdução destes deveres acessórios parece ter o condão de, em muitos casos, transplantar para a realidade do contrato considerações marcadamente sociais, conteúdos éticos ou ético-jurídicos que o complementam e o perspectivam de um prisma mais abrangente e completo. No fundo, e com as necessárias cautelas, tais deveres aportam para a realidade contratual outras realidades, cuja intersecção se revela profícua e indispensável para a compreensão da primeira. Uma dessas realidades será a atenção devida ao comportamento dos contraentes, cuja leitura tem, igualmente, de ser feita em termos marcadamente axiológicos. Com efeito, a leitura dos direitos e deveres das partes, em todas as fases contratuais, deve atender àquilo que FRANZ WIECKER designa de «*estrutura de responsabilização comum*»²⁶ nos termos da qual cada agente contratual deve comportar-se de forma a que o seu comportamento não lese os interesses da contraparte, ou seja, deve comportar-se de acordo com os interesses de uma consciência jurídica sã e íntegra, o que corresponde, no âmbito contratual, à consagração da princípio *neminem laedere* ou *alterum non laedere*, isto é, a ideia de que o contrato não deve afectar ou atingir os direitos e interesses legalmente protegidos da contraparte, estendendo-se tanto aos preliminares, à execução e até após a cessação do contrato.

concept that will, in many cases, be reducible to notions of fairness and reasonableness in the circumstances". Vide B.J.REITER, *Good Faith in Contract*, Valparaiso University Law Review, Volume 14, n.º 4, 1983, cit. pp. 706-707.

²⁵ Neste sentido, escreve ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO: "A boa fé, embora na base de elementos anteriores, de tipo social e religioso, correspondeu, já no antigo Direito Romano, a uma criação dos juristas: ela permitiu, nas mãos do pretor, alargar a tutela jurídica a situações inteiramente novas, derivadas da expansão romana, na bacia do Mediterrâneo. Os juízos de boa fé estão na origem, por exemplo, dos contratos de compra e venda, de locação, de mandato e de sociedade, tal como hoje os conhecemos." In *A boa fé nos finais do século XX*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 56, Volume III, 1996, cit. p. 894.

²⁶ FRANZ WIECKER, *História do Direito Privado Moderno*, Fundação Calouste Gulbenkian, 4.ª edição, 2010, cit. p.710.

Não deixa de ser interessante, neste conspecto, os princípios gerais apontados por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO ao cumprimento das obrigações, designadamente aquilo que o Autor apoda de «*princípio da concretização*», nos termos do qual a conduta do devedor deve realizar a prestação a que se vinculou atendendo ao “terreno” – às concretas circunstâncias que coenvolvem a execução contratual – os interesses do credor²⁷. Neste sentido – atendo ao sentido largamente indeterminado e amplíssimo da boa fé – a sua determinação terá de ser analisada perante as particularidades do caso em apreço (*Einzelfallgerechtigkeit*). Com efeito, a análise casuística não se confunde com arbítrio ou com o alvedrio do legislador. Antes, terá de encontrar acolhimento num percurso exegético objectivo e racional, fundado na particular relação jurídica em discussão, aos interesses das partes e à específica configuração do contrato. Trata-se, portanto, de um percurso metodológico (*Methodenlehren*), procurando concretizar a cláusula geral garantindo alguma certeza e fiabilidade na sua aplicação²⁸.

A introdução dos deveres acessórios de conduta configura, em muitos casos, um mecanismo corrector, uma forma de ultrapassar o estrito positivismo das soluções, as quais podem conduzir a soluções materialmente iníquas²⁹. Neste sentido, o § 242 do BGB (*Treu und Glauben*) é entendido como tendo uma *função correctiva*, de cuja aplicação prática já resultaram certas soluções, hoje codificadas, como a doutrina do base negocial (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) ou como quando o Tribunal Imperial Alemão (*Reichsgericht*) determinou, em 1923, o fim do princípio do valor nominal, com consagração legal, com o fito de proteger os

²⁷ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2010, cit. p 365.

²⁸ MARTIJN W. HESSELINK, *Good Faith*, in Hatkamp et. al., *Towards a European Civil Code*, 3.ªed., Nijmegen and The Hague, London, Boston, 2014, pp.471-498.

²⁹ “Good faith shows the perceived weak spots of a legal system which the courts felt they had to repair by supplementation and correction on the basis of good faith. In this respect ‘the content of good faith’ is very similar to equity in old English law and *ius honorarium* in roman law. And it is striking to see how much of what has been said on equity and on the *ius honorarium* is equally true for good faith in may civil law systems today.” Cfr. MARTIJN W.HESSELINK, *The New European Private Law – Essays on the future of Private Law in Europe*, Kluwer Law International, Netherlands: The Hague, 2002, cit.p.217.

credores cujos créditos viam-se reduzidos a valores irrisórios³⁰. No mesmo sentido, com a recente reforma do Direito das Obrigações francês (2016), espera-se uma maior clarificação na aplicação do actual artigo 1104.º do *Code Civil*. A ideia do legislador francês foi a de tornar o preceito mais transparente e acessível e, concomitantemente, generalizar a aplicação do princípio da boa fé (*bonne foi*). A aplicação por parte dos Tribunais franceses dirá se o princípio conseguiu ganhar novos contornos e eventuais aplicações até aqui desconhecidas ou inexploradas.

O ordenamento italiano contém uma série de disposições, inspiradas no direito germânico, em que se apela para o dever de agir de boa fé (*buona fede*). Este dever projecta-se, sobretudo, na formação, interpretação e execução contratual (artigos 1337, 1366 e 1375 do *Codice Civile*). Particularmente interessante é o artigo 1175 do referido normativo, o qual obriga as partes a agirem de acordo com um dever de cordialidade, lisura, a comportarem-se no processo negocial de acordo com um dever de «*correttezza*».

Em sentido diametralmente oposto, determinados ordenamentos jurídicos não fazem qualquer referência à cláusula geral da boa fé ou a um concreto dever de actuação com razoabilidade, sem prejudicar a contraparte. Trata-se, com efeito, de ordenamentos que assumem uma feição mais positivista, rejeitando aquilo que consideram a incerteza ou insegurança decorrente de uma cláusula geral, cuja modelação caberia às autoridades judiciais, o que poderia gerar decisões-surpresa ou efeitos imprevistos. O caso mais paradigmático será o ordenamento inglês, o qual sempre rejeitou a doutrina do abuso do direito ou a consagração de um dever geral de actuação segundo a boa fé. Todavia, como qualquer ordem jurídica, o ordenamento inglês não é insensível a resultados iníquos decorrentes do estrito legalismo das soluções. Com efeito, a eventual rigidez do conteúdo contratual pode ser modelada mediante a interpretação contratual – adicionado deveres que não estavam taxativamente previstos – ou através da alteração das circunstâncias em casos gritantes de desequilíbrio contratual (v.g., pressões exercidas sobre o devedor,

³⁰ Cfr. NILS JANSEN / REINHARD ZIMMERMAN, *Commentaries on European Contract Law*, 1.º Ed, Oxford, Oxford University Press, 2018, p.30-35.

protecção da confiança legítima de uma das partes). Alguns Autores referem, atendendo a estes mecanismos de correcção, que o ordenamento inglês não repudia por completo um dever de actuação segundo a boa fé, aproximando-se cada vez mais da maioria dos ordenamentos continentais³¹.

No mesmo sentido de negação ou hostilidade, também o ordenamento austríaco não consagra expressamente uma cláusula geral como aquela que vimos referindo. O legislador austríaco rejeitou uma cláusula semelhante à do § 242 do BGB. Não obstante esta diferença, os Tribunais austríacos não deixam de recorrer a determinados institutos para ultrapassarem soluções materialmente inadmissíveis, como seja a doutrina do abuso do direito (*Rechtmissbrauch*), a qual se vem generalizando desde a década de 1990, assim como a cláusula dos bons costumes (*gute Sitten*).

Aliás, o lastro histórico do instituto da *bona fides*, cuja origem remonta ao Direito Romano, foi configurado como alternativa à decisão de acordo com a lei estrita (*iudictia stricti iuris*). A cláusula *exceptio doli*, inserida a pedido do réu nas *formula*, permitia ao julgador decidir de acordo com o que consideraria justo ou razoável. No Direito Romano, o princípio, muitas vezes confundido com a equidade, viria a tornar-se um marco de flexibilidade e informalidade nas relações contratuais, ultrapassando o formalismo do direito estrito³².

³¹ “(...) it is assumed that English contract law will embrace a general duty of good faith in the performance of a contract but its recognition will lead to a change to the substantive content of some of the rules of English contract law. For example, it may lead to greater obligations of disclosure during the lifetime of a contract and greater controls being exercised over the exercise of contractual rights that relate to the performance of the contract. On this view the function of the duty would not be simply to reflect the current state of English Contract Law but to bring pressure to bear upon rules which do not conform to the requirements of good faith.” In LARRY DI MATEO/MARTIN HOGG, *Comparative Contract Law: British and American Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2016, cit. p. 208.

³² Uma breve resenha do conceito de contrato no Direito Romano, e da sua repercussão no Direito ocidental, é descrita por INOCÊNCIO GALVÃO TELLES. Ensina o referido Autor: “Por um uso especial e enfático, os juriscultos romanos, o mais tardar na era clássica, restringiram o substantivo *contractus* à teoria das obrigações, talvez em virtude da posição eminente que o conceito assume nesta matéria. Mas a ideia de vontade, e mais ainda a de acordo, continuaram postas de lado, como atributos accidentais que não caracterizam a noção. Todo o *acto* ou *facto* de que nascesse uma relação de crédito, com exclusão, quando muito, do *acto ilícito*, era *contractus*. Também PEROZZI é de opinião que o contrato significava genericamente um *affare*, mesmo que na sua base não estivesse um acordo de vontades. Observa ele que a jurisprudência romana uniformemente reconduzia as obrigações a

A breve análise comparada aqui efectuada não deixa de revelar um dado sintomático: assim, mesmo nos ordenamentos que assumem uma posição mais hostil face à existência de um dever de actuação segundo a boa fé – os quais se reconduzem, em rigor, a casos residuais – a esmagadora maioria dos ordenamentos não deixa de consagrar um dever de comportamento marcadamente ético e que se projecta em todas as fases do contrato. Ademais, mesmo os ordenamentos que assumem uma posição mais céptica não deixam de modelar as suas soluções com considerações éticas, a fim de corrigir eventuais soluções irrazoáveis ou violadoras da justiça contratual.

Entre nós, é pacífico que o fim contratual pretendido pelas partes, e a execução correcta do programa contratual acordado, dificilmente seriam possíveis sem a consideração de um complexo de deveres que, pese embora não se dirijam directamente ao fim último pretendido pelos contraentes, coexistem com a prestação principal, complementam-na, e não deixam de ser determinantes ou “(...) essenciais ao correcto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra”³³.

A mera consideração da prestação primária, a qual constitui o núcleo da relação obrigacional, poderia revelar-se demasiadamente incipiente e conduzir a resultados irrazoáveis. Tal decorre, como tem sublinhado a jurisprudência, do princípio da pontualidade no cumprimento dos contratos, previsto no artigo 405.º do Código Civil, nos termos do qual, nas relações intersubjectivas, vigora uma ideia de colaboração estreita e leal entre os contraentes, em que a execução contratual, em homenagem a um conduta ética e proba, não se reconduz à prossecução do

*duas únicas fontes, o contrato e o delito, e daí infere que a bipartição bastava para abranger todas as situações. Mas, para que bastasse, preciso era que os Romanos vissem no contrato, amplamente, um *affare*, voluntário ou involuntário. Só assim caem, de facto, na alçada das obrigações contratuais tanto as derivadas da estipulação como de legado, tanto as de mandato como de *negotiarum gestio*, e em geral todas as obrigações não provenientes de delito. Além de apurarmos a suficiência da bipartição, conseguimos penetrar o seu verdadeiro sentido. Os Romanos notam que um particular (originariamente uma *gens*) pode obrigar-se para com outro, ou porque realiza um *affare*, ou porque o prejudica: o que vale dizer, ou entrando com ele numa relação de paz ou numa relação de guerra. Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral (refundido e actualizado)*, Coimbra, Coimbra Editora, 4.ª edição, 2002, cit.p.37.*

³³ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Erro e Vinculação Negocial*, Almedina, Coimbra, 2010, cit.p.43.

interesse de um dos contraentes, sendo orientada na prossecução de interesses comuns³⁴.

Assumem-se tais deveres, em suma, como orientações éticas que circundam a formação e cumprimento contratual, e que se prolongam para além da *morte* da própria obrigação (pós-eficácia obrigacional). Aliás, o interesse do credor só em casos muito contados é que se reconduz tão-somente ao cumprimento da prestação principal. Ao lado do interesse principal correspondente à prestação debitória, o credor tem um fundado interesse de protecção, de lealdade ou de probidade na actuação do seu parceiro negocial. Com efeito, a consideração dos deveres acessórios de conduta, aportando considerações éticas para todo o processo de formação e execução contratual, conduz à ideia de que o contrato, enquanto instrumento de cooperação entre pessoas, não é imune a valorações axiológicas, designadamente a ideia de que as partes contraentes são parceiros honrados e honestos, cujo comportamento contratual se quer sério e deferente. A especial exigência que sobre o devedor impende de realizar a prestação em termos pontuais afasta, assim, qualquer realização meramente formalista³⁵.

A prestação deve, pois, ser realizado tendo em vista os interesses do credor, servindo tais interesses, de tal sorte que deve ser realizada integralmente e sem causar danos na pessoa ou no património do *accipiens*. De tal forma que a violação destes deveres pode constituir fundamento de resolução por incumprimento contratual, permitir a invocação da excepção de não cumprimento³⁶ ou determinar

³⁴ Posição semelhante é secundada pela doutrina. Neste sentido, escreve ANA PRATA: “*Da observância da boa fé no cumprimento decorrem, para o devedor, deveres acessórios e secundários muito variados. De um lado, ele tem de omitir todos os atos que possam pôr em causa um cumprimento pontual e, de outro, tem de adotar todos os comportamentos que se mostrem necessários para que aquele tenha lugar.*” Cfr. ANA PRATA (coord.), *Código Civil Anotado*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2017, cit. p. 960.

³⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05-04-2005, relatado pelo Desembargador Henrique Araújo, processo n.º 0424421.

³⁶ Sobre o tema, preconizando tal possibilidade, sustenta ANA TAVEIRA DA FONSECA: “*Em regra, este vínculo existirá entre os deveres principais de prestação emergentes de contratos bilaterais ou sinalagmáticos, mas isso não exclui a possibilidade de o sinalagma abranger também deveres secundários de prestação ou deveres acessórios. O importante é que entre os deveres exista uma relação de interdependência ou correspectividade. Uma vez que nos encontramos no domínio conformativo do conteúdo do contrato, a existência desta relação de interdependência entre*

uma indemnização em virtude do inadimplemento³⁷. De igual modo, no caso de ruptura pré-contratual, nada impede que se fixe uma indemnização pelo interesse contratual negativo, pela frustração na confiança depositada na celebração do negócio³⁸. Já no que concerne a uma eventual acção de cumprimento, pese embora a existência de diversas posições na doutrina – ora aceitando tal hipótese, ora negando-a frontalmente – o Supremo Tribunal de Justiça parece alinhar pela segunda tese, rejeitando tal possibilidade³⁹.

Neste conspecto, apontando para a ideia de que o cumprimento obrigacional não se pode reconduzir a uma fórmula vazia, genérica, escreve MENEZES CORDEIRO: “*A ideia da sobrevivência dos deveres acessórios é a de que ao Direito repugna que o sentido das obrigações seja desvirtuado por cumprimentos*

prestações será essencialmente consequência do acordo de vontade das partes”. In *A Excepção de não cumprimento: balanço e perspectivas de futuro*, Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso – O Código Civil 50 anos depois: balanço e perspectivas, Almedina, Coimbra, 2017, *cit.* p. 121.

³⁷Neste sentido, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15-12-2013, relatado pelo Desembargador Fonseca Ramos. processo n.º 0355987. Sustentado a ideia de que o seu incumprimento pode originar a resolução do contrato, *cfr.* JOÃO ANTUNES VARELA, *ob.cit.*, p.127. Concretizando a mesma tese, defendem MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA / ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA (*ob.cit.*, p. 98): “(...) *tanto o incumprimento de prestações secundários como acessórios pode permitir a resolução: em todos os casos, é o próprio fim contratual que é suscetível de ser afetado de modo a eventualmente atingir o grau de gravidade suficiente para justificar a cessação unilateral do vínculo independentemente da posição da obrigação incumprida na relação contratual*”. No mesmo sentido, *cfr.* JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução do Contrato no Direito Civil: Do enquadramento e do regime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 129. Na jurisprudência, e no mesmo sentido, *cfr.* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-05-2006, relatado pelo Conselheiro Urbano Lopes Dias, processo n.º 37/06. Em sentido oposto, sustentando que apenas o incumprimento da prestação primária seria fundamento de resolução contratual, *cfr.* LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Coimbra Editora, Coimbra, Volume IV, 1932, p. 548.

³⁸ *Vide* Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15-12-2003, relatado pelo Desembargador Fonseca Ramos, processo n.º 0355987.

³⁹ Na doutrina, em sentido favorável à acção de cumprimento, *cfr.* CARNEIRO DA FRADA, *Os deveres (ditos) “acessórios” e o arrendamento*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 73, número 1, 2013, p.272. Ainda na doutrina, e em sentido desfavorável, escreve LUÍS MENEZES LEITÃO: “*O não acatamento desses deveres acessórios, embora não legitime o recurso à acção de cumprimento, nos termos do art. 817.º pode implicar uma situação de responsabilidade civil, e fundamentar o direito a uma indemnização, no caso de a infracção aos deveres da boa fé implicar danos para quaisquer uma das partes*”. *Cfr.* LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, *cit.* p. 313.

Na jurisprudência, rejeitando a hipótese da acção de cumprimento, *cfr.* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13-10-2016, relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo, processo n.º 967/14.1TBACB.C1. S1.

vazios ou outras fórmulas chicaneiras ou a que, a coberto das obrigações, sejam infligidos danos às partes (...)”⁴⁰.

Deste modo, a consideração de tais deveres acessórios correspondem à concretização do princípio da boa fé, previsto no número 2 do artigo 762.º do Código Civil, nos termos do qual os contraentes devem pautar a sua conduta com lisura e deferência, de tal forma que tal conduta seja tida como proba, leal e honesta, respeitando a integridade moral e patrimonial do outro contraente, e evitando comportamentos susceptíveis de a lesar⁴¹.

A cláusula geral da boa fé configura aquilo que tem sido apodado de «parâmetro de conduta carente de concretização» (*konkretisierungsbedürftigen Maßstab*). Tal cláusula geral é descrita como uma «revolução copernicana» no âmbito do Direito das Obrigações, tradicionalmente assente no dogma da autonomia da vontade e da configuração da vontade das partes como limite e critério hermenêutico determinante. Todavia, uma formulação heurística impôs-se, revelando que a ideia de obrigação não poderia prescindir da modelação de determinados conteúdos que, ainda que não subscritos pelas partes, se revelam indispensáveis à concretização dos seus intentos⁴².

Com efeito, quando celebram um determinado contrato, ou quando o pretendem celebrar, as partes movem-se de acordo com determinadas expectativas, um *investimento de confiança*, o qual, devidamente cumprido,

⁴⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da pós-eficácia das obrigações*, Estudos de Direito Civil, Volume I, Almedina, Coimbra, 1991, cit.p.181.

⁴¹ Conforme escreve CARLOS MOTA PINTO: “A boa fé é hoje um princípio fundamental da ordem jurídica, particularmente relevante no campo das relações civis e, mesmo, de todo o direito privado. Exprime a preocupação da ordem jurídica pelos valores ético-jurídicos da comunidade, pelas particularidades da situação concreta a regular e por uma juridicidade social e materialmente fundadas. A consagração da boa fé corresponde, pois, à superação de uma perspectiva positivista do direito, pela abertura a princípios e valores extra- legais e pela dimensão concreto-social e material do jurídico que perfilha. Significa o que acabamos de dizer que o princípio da boa fé se ajusta a – e contribui para – uma visão do direito em conformidade com a que subjaz ao Estado de Direito Social dos nossos dias, intervencionista e preocupado por corrigir desequilíbrios e injustiças, para lá das meras justificações formais”. In *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 4.ª edição, 2.ª reimpressão, 2012, cit. p. 124.

⁴² RAPHAEL MANHÃES MARTINS, *Análise Paradigmática do Direito das Obrigações: Boa-fé, Deveres Laterais e Violações Positivas do Contrato*, Revista da UERJ, Volume 11, Número 44, 2008, p.10.

conduz ao resultado contratual almejado. O desenvolvimento negocial, fundado na recíproca confiança entre as partes, exige mecanismos tuteladores da garantia dessa confiança. A existência de um contrato imprime, entre as partes, a expectativa de que a contraparte se conduza de forma honesta e leal, como um parceiro negocial probo e deferente⁴³. O «contacto social» entre os contraentes e os danos que desse contacto podem advir exigem a lisura e a consideração pelos interesses da contraparte negocial⁴⁴.

Os deveres acessórios de conduta garantem, em larga medida, a existência de tal comportamento negocial. Tais deveres “(...) exprimem, na formulação de Larenz, a necessidade de tomar em consideração os interesses justificados da contraparte e de adoptar o comportamento que se espera de um parceiro negocial honesto e leal, e costumam fundamentar-se no princípio da boa fé”⁴⁵.

Afiguram-se, pois, como um meio verdadeiramente indispensável para a prossecução dos objectivos pretendidos pelas partes, sem o qual o contrato não logra o fim desejado – ou logra-o de forma imperfeita ou inidónea. Neste sentido, é apodíctico o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça quando decidiu: “(...) a boa-fé no cumprimento dos contratos traduz-se no dever de agir segundo um

⁴³ O que implica, no entendimento de KARINA PENNA NEVES, uma verdadeira metamorfose na concepção da obrigação, porquanto: “Tudo isso leva à conclusão de que a análise moderna do conceito de obrigação à luz da solidariedade afasta-se cada vez mais da noção originária da subordinação, antes física e depois patrimonial, do devedor em relação ao credor. Agora, deverá existir uma relação de cooperação mútua em pleno respeito pelo valor da dignidade da pessoa humana, que a seu turno possui clara correspondência com o princípio *neminem laedere*, derivado da justiça, do respeito e da consideração pelas pessoas, guardando relação com a proibição de violar a vida, o corpo ou a dignidade de outrem”. In *Deveres de Consideração nas Fases Externas do Contrato: Responsabilidade Pós e Pré-Contratual*, Edições Almedina S.A., São Paulo, 2015, pp.36-37.

⁴⁴ Como sugestivamente escreve STEVEN BURTON, a propósito da confiança gerada por uma determinada promessa contratual, e que se pode alargar para o domínio da execução contratual: “a promise is an act by which a person imagines a possible world and signals a commitment to bring that world into being by future action. The imagined world may be like the extant world at the time of the promise in all respects save at least one. A promise must be made to another person in a social context. Robinson Crusoe, shipwrecked and alone on a remote island, cannot make a promise because there is no promise and no practise of promising which he can join. He can utter the sounds that we make when we promise, but, on the island, they do not have the significance of a promise. That significance depends on two things – the existence of another person to whom Crusoe can be bound, and a social practice in which the sounds fit and signal an obligation.” Cfr. STEVEN BURTON, *Principles of contract law*. Minnessota: West Group, 2001, cit. p. 2.

⁴⁵ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, Almedina, 1994, cit.p. 36.

comportamento de lealdade e correção, que visa contribuir para a realização dos interesses legítimos que as partes pretendem obter com a celebração do contrato. A boa-fé não contemporiza com cumprimentos formais; exige uma atitude metodológica particular perante a realidade jurídica, a concretização material dos escopos visados. Este aspecto releva no domínio dos deveres acessórios, em boa parte destinados a promover a realização material das condutas devidas, sem frustrar o fim do credor e sem agravar a vinculação do devedor”⁴⁶.

Tais deveres, embora conexionsados com o dever principal, apresentam conteúdos muito díspares, de tal sorte que alguma doutrina opera a distinção, no âmbito da relação obrigacional complexa, entre «*relação de prestação*», a qual englobaria os deveres primários de prestação, deveres secundários e, bem assim, os deveres laterais de conduta e uma «*relação de protecção*», da qual fariam parte os deveres acessórios de protecção⁴⁷. Embora unificados em torno do objectivo contratual pretendido pelas partes, tais deveres, no âmbito de uma única relação, visam fins tão distintos como a ideia de protecção, esclarecimento ou lealdade, não sendo unívoco, na doutrina, uma catalogação exaustiva dos deveres acessórios de conduta, em resultado, aliás, da diversidade do seu conteúdo e da sua aplicação em variadíssimos ramos do ordenamento jurídico⁴⁸⁻⁴⁹.

A consideração do princípio da boa fé neste âmbito, ou a transposição para o domínio contratual do princípio *neminem laedere*, impõe que ambas as partes se conduzam, no tráfego negocial, norteadas por uma ideia de colaboração leal e honesta, atendendo aos interesses da contraparte, respeitando o valor da palavra

⁴⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19-03-2015, relatado pelo Desembargador Filipe Carço, processo n.º 2148/10.4TBBRG.G1.

⁴⁷ Neste sentido, cfr. NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Deveres de Protecção em relações obrigacionais*, Scientia Iuridica, Tomo LII, n.º 297, 2003, pp. 495 e ss.

⁴⁸ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, Almedina, 1994, p.40.

⁴⁹ Em matéria juslaboral, entendendo que a preterição dos deveres acessórios de conduta por parte do trabalhador pode constituir fundamento de despedimento por justa causa, cfr. SÓNIA DE CARVALHO, *As condutas extra-laborais nas redes sociais e a justa causa de despedimento*, in Colección Monografías Derecho Social y empresa, Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: estudios desde el derecho español y comparado, número 1, Entidad Editora, 2016, p 202.

dada e do acordo a que se vincularam⁵⁰. Tal implica, pois, que a concretização do programa contratual atenda a comportamentos omissivos (*non facere*) como a condutas activas, ainda que as mesmas não se encontrem directamente estipuladas no clausulado contratual ou integram os comportamentos típicos daquele concreto tipo contratual. Daqui resulta, desde logo, a afirmação de que os deveres acessórios de conduta vinculam ambas as partes, atingindo tanto o devedor como o credor⁵¹.

Decorrendo de uma consideração ético-normativa⁵², onde se verifica, como se disse, uma intersecção entre Direito e Moral, os deveres acessórios de conduta apresentam certas especificidades. Assim, ao contrário de outros deveres obrigacionais, os deveres acessórios não carecem de decorrer directamente do conteúdo contratual, antes emergindo da lei ou dimanando da cláusula geral da boa fé, prevista no artigo 762.º do Código Civil. De igual modo, não podem ser afastados pelas partes, sob pena de se frustrar o fim contratual estipulado. Concomitantemente, os deveres acessórios podem surgir independentemente de existir uma relação contratual, e prolongam-se para além dela (*culpa post pactum finitum* ou *Nachwirkung*), mantendo-se uniformes ao longo da execução contratual.

A concepção puramente individualista do contrato – em que a autonomia privada desempenhava um papel absoluto e incontestado na definição do conteúdo contratual – tende a ser matizada por modelos mais ou menos impositivos destinados assegurar a justiça contratual, a evitar situações assimétricas e a garantir o equilíbrio prestacional. Trata-se, como tem afirmado alguma doutrina, de um fenómeno caracterizador das sociedades modernas,

⁵⁰ Fazendo referência ao valor da palavra dada como fundamento da confiança, *cf.* LINO DIAMVUTU, *A tutela da confiança nas relações pré-contratuais*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 71, número 2, 2011, pp. 517-568.

⁵¹ Neste sentido, *vide* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-06-2003, relatado pelo Conselheiro Santos Bernardino, processo n.º 03B573.

⁵² “*De entre eles, podem destacar-se os deveres de cuidado, de previdência, de segurança e, como paradigma da eticidade que deve estar presente em qualquer negócio, o princípio da boa-fé, ao qual se associam o dos bons costumes ou o do fim social e económico do direito. (cf. v.g. os artigos 227º nº1, 239º, 762º nº2 e 334º do Código Civil).*” In Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-09-2006, relatado pelo Conselheiro Sebastião Póvoas, processo n.º 06A2211.

marcadamente técnicas e onde pontificam relações contratuais marcadamente assimétricas, as quais carecem de ser devidamente pontualizadas por ideias de justiça e equilíbrio contratual. Neste sentido, escreve GUILHERME MACHADO DRAY: *“Actualmente, é relativamente pacífico o afastamento do dogma da autonomia da vontade enquanto fenómeno de produções contratuais necessariamente justas e equilibradas, atento o desequilíbrio negocial patenteado – por vezes – pelas partes contratantes. A célebre fórmula de Fouillée (1838-1912) “quem diz contratual, diz justo”, encontra-se hoje manifestamente desajustada da realidade. A desigualdade das partes contratantes, por vezes, é inequívoca”*⁵³.

É hoje, portanto, um dado incontestado que o triunfalismo da autonomia da vontade – a qual caracterizou épocas jurídicas distantes – deve ser hoje devidamente pontualizada com outras considerações que, não a desvirtuando, tenham o condão de garantir o equilíbrio e a justiça das soluções contratuais. Assim, neste particular conspecto, a referência à cláusula geral da boa fé, enquanto horizonte ético-jurídico, afirma-se como elemento a considerar como limite e critério interpretativo em todas as fases contratuais⁵⁴.

Destarte, os deveres acessórios, cujo conteúdo é, como vimos, marcadamente axiológico-valorativo, transpondo para a realidade contratual valorações marcadamente éticas, destinam-se a garantir a ideia de justiça contratual e a assegurar certos conteúdos éticos cuja ordem jurídica não pode prescindir. Como refere JOANA FARRAJOTA: *“Os deveres acessórios inscrevem-se neste círculo de elementos impostos às partes, que prosseguem interesses trans-*

⁵³ GUILHERME MACHADO DRAY, *Breves Notas sobre o Ideal de Justiça Contratual e a tutela do contraente mais débil*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Volume I, Almedina, Coimbra, 2002, cit. p.80.

⁵⁴ *“As partes perdem um pouco da sua liberdade na medida em que ficam vinculadas nos termos definidos no contrato, mantendo, no entanto, liberdade em relação a muito do que diz respeito quer ao cumprimento quer à aceitação ou facilitação do cumprimento. É neste campo que surge a boa fé no contexto do cumprimento das obrigações, como limite a essa liberdade, em desrespeito pelas regras de conduta por ela impostas. Trata-se, assim, de mais uma limitação à autonomia privada das partes por intervenção da boa fé.”* In JORGE MORAIS DE CARVALHO, *Os Contratos de Consumo: Reflexões sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, Dissertação para doutoramento em Direito Privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Março de 2011, disponível para consulta em run.unl.pt, cit. p.700.

contratuais, funcionando como elo de ligação do contrato ao sistema jurídico na sua globalidade, como meio de integração na relação contratual de valores e interesses do Direito. Estes deveres prosseguem um conjunto de finalidades diversas, desde a protecção da condição social das partes, a vontade de proteger a vida, a preocupação de assegurar determinadas funções económicas e de tutelar determinados valores essenciais do sistema jurídico, tal como o concebemos, designadamente a boa fé, a confiança, a lealdade, entre outros”⁵⁵.

E aqui reside, desde logo, uma distinção que se revelará importante na determinação do regime de responsabilidade. Com efeito, os deveres primários ou típicos apresentam um conteúdo previamente fixado pelas partes, já os deveres acessórios, quando não previamente determinados no programa negocial ou decorrentes da lei, suscitam algumas dificuldades. Disso dá conta CARNEIRO DA FRADA quando adverte: *“Decorre do exposto uma diferença importante entre os deveres de prestar e os deveres de consideração (todos eles integrantes de uma relação obrigacional que é, na realidade, complexa, ora numa perspectiva sincrónica, ora de um ponto de vista diacrónico, o que é dizer no plano da estrutura e do processo). Na verdade, se o julgador tem à partida de respeitar os deveres de prestar (como todo o conteúdo do exercício da autonomia privada, que, apurado que seja, não varia e que lhe não cabe, em princípio, sindicar), compete-lhe uma palavra decisiva em caso de dissídio sobre as exigências dos deveres de consideração, que não se apresentam incluídos no que as partes estabeleceram. (...)”⁵⁶. Nesse plano residirá, igualmente, um dos pontos decisivos da presente questão, reconduzido à necessária harmonização entre dos princípios fundamentantes, designadamente a autonomia privada e a boa fé, cuja solução, conforme escreve RAUL GUICHARD ALVES, terá de ser encarada do seguinte modo: *“Em particular, perpassa a boa fé todo o âmbito obrigacional ou negocial (não se vê porque excluir de antemão os negócios unilaterais). É dita “alma dos contratos”. Sendo até encarada, pelo menos neste**

⁵⁵ JOANA FARRAJOTA, *A Resolução do Contrato sem Fundamento*, Almedina, Coimbra, 2015, cit. p. 234.

⁵⁶ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Os deveres (ditos) “acessórios” e o arrendamento*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 73, número 1, 2013, cit. p. 272.

domínio, como critério supremo, superior aos demais; ideia, porém, a entender cum grano salis, indicando-se a necessidade da sua contemporização com o princípio da autonomia privada, com o qual estará em “permanente diálogo e contraponto”. Com efeito, antecipando o que melhor se assinalará adiante, a aplicação do princípio da boa fé, sobretudo na sua “função correctiva” (representando um “Uberdruck ventil”, uma “válvula de escape”), conhece certos limites, seja decorrente do princípio da autonomia privada, seja principalmente em áreas do direito estrito onde a observância rigorosa e segurança dos pressupostos e das cominações legais se imponha, sobretudo por razões de certeza, como sucede em matéria de prazos ou de injunções de forma(...)”⁵⁷.

Assim, os deveres acessórios de conduta são, em regra, «*avoluntarísticos*»⁵⁸, no sentido em que a boa fé em sentido objectivo actuará nestes casos independentemente do programa contratual estabelecido entre as partes, assumindo uma função integrativa ou ordenadora do comportamento dos contraentes⁵⁹. Como já se referiu entre nós: “*Este conceito de boa fé, de cariz indeterminado e cujo preenchimento se deve efectuar casuisticamente, mas com subordinação a critérios objectivos, tem uma vertente marcadamente ética, que, todavia, transcende largamente o sentido psicológico que normalmente lhe é associado. No contexto, cada vez mais amplo e complexo, do universo negocial é consensualmente aceite que deve ser exigível aos agentes envolvidos num processo contratual que respeitem uma série de deveres relevantes para a decisão de concluir ou não esse mesmo processo, devendo, desde o seu início e até ao seu termo, actuar com lealdade, honestidade, lisura, transparência, agindo, no fundo, com correcção,*

⁵⁷ RAUL GUICHARD ALVES, À volta do princípio da boa fé, *Review of Business and Legal Sciences / Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 2015, número 26, cit. pp. 28-29.

⁵⁸ GIOVANNI MARIA UDA, *Integrazione del Contratto, solidarietà sociale e corresponsabilità delle prestazioni*, *Rivista di Diritto Commerciale*, Volume 4, 1990, p. 309.

⁵⁹ A este propósito, alcançando a boa fé a um patamar de fonte obrigacional, escreve ANA PAULA PARREIRA LEITE: “*Esta concepção [consideração dos deveres acessórios] implica um declínio do dogma da vontade, elevando a boa-fé a fonte de obrigação*”. Cfr. ANA PAULA PARREIRA LEITE, *Equilíbrio Contratual*, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, 2003, cit.p. 24.

*sem subterfúgios, prestando as informações necessárias para que a contraparte forme uma vontade esclarecida*⁶⁰.

A doutrina tem sistematizado os deveres acessórios em vários tipos, nem sempre coincidentes. Tal sistematização não implica uma enumeração taxativa ou um *numerus clausus* de deveres acessórios de conduta. Aliás, a realidade da vida importará, não raras vezes, a consideração de determinados deveres que não se integram nas categorias típicas definidas pela dogmática. Ainda assim, a doutrina tem distinguido, na esteira da doutrina alemã, entre deveres internos e externos. Os primeiros relacionam-se com a prossecução da prestação principal, complementando-o ou permitindo a sua realização. Já os segundos distinguem-se pela sua independência face à prestação principal. Correspondem, em suma, aos deveres de protecção (*Schutzpflichten*)⁶¹.

Destarte, tradicionalmente os deveres acessórios de conduta desdobram-se em dever de protecção, informação e lealdade⁶². Trata-se, com efeito, de uma categorização que não deixará de conhecer cambiantes, atendendo à relação obrigacional *sub judice*, da qual poderão ser dissecados diferentes deveres, com múltiplos conteúdos, sendo igualmente relevante mencionar que o seu conteúdo não é necessariamente igual nos diversos ramos jurídicos⁶³.

Em determinadas situações, deflui da própria lei a consideração destes deveres acessórios de conduta, ainda que, na esmagadora maioria das situações, eles decorram da cláusula geral do número 2 do artigo 762.º do Código Civil. A título meramente ilustrativo, o artigo 1208.º do Código Civil (contrato de empreitada), o artigo 1038.º (locação), alínea c) do artigo 1187.º (depósito) são, entre

⁶⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18-01-2011, relatado pela Desembargadora Judite Pires, processo n.º 1548/08.4TBGRD.C1.

⁶¹ Analisando a doutrina nacional, e referindo-se a *círculo interno* e *círculo externo* dos deveres acessórios, vide JOANA FARRAJOTA, *ob cit.*, p.235.

⁶² Neste sentido cfr., *inter alia*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, Volume I, Almedina, Coimbra, 1984, p. 583. Na jurisprudência nacional, é possível encontrar uma variedade de terminologias, nem sempre coincidentes com as constantes da dogmática. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25-02-2014, relatado pela Conselheira Maria Clara Sottomayor, processo n.º 287/10.0TBMIR.S1.

⁶³ No mesmo sentido, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, número 2, 2006, pp.443-488.

outros, ressonâncias de deveres acessórios de conduta consagrados na lei. Tais deveres revestem, outrossim, particular importância no estudo de outras figuras obrigacionais, como seja a matéria do cumprimento e do não cumprimento, onde a *medida de esforço*, a diligência, o cuidado e o brio com que efectua as prestações assumirão um papel nodal na determinação do regime jurídico aplicável. Com efeito, o padrão do *bonus pater familias* de que parte o nosso legislador, nos termos do número 2 do artigo 487.º do Código Civil é, não raras vezes, determinado em função da perícia e cuidado com o devedor cumpriu os deveres acessórios (e os deveres secundários) da prestação principal. Conforme denota CATARINA MONTEIRO PIRES: “A remissão para as «circunstâncias de cada caso» implica ainda que os condicionalismos da execução do programa obrigacional sejam também considerados: o homem médio é colocado no cenário de (in)cumprimento concretamente verificado, face à perturbação e à elevação do esforço, no contexto do contrato por si celebrado”⁶⁴.

Terão, por isso, um papel importante na determinação do cumprimento defeituoso da prestação, em matéria de responsabilidade civil e preterição da *leges artis* ou na concreta definição do leque de direitos e deveres de cada tipo contratual. Os deveres acessórios de conduta são, por isso, uma nervura de particular interesse, a qual suscita algumas indagações, nomeadamente o problema de saber, desde logo e face às características *supra* evidenciadas, qual o regime de responsabilidade civil aplicável ao seu inadimplemento.

II. A violação dos deveres acessórios de conduta: teses em confronto e referência ao perímetro contratual como critério delimitador do regime de responsabilidade civil

A integração da violação dos deveres acessórios de conduta nos mecanismos de imputação da responsabilidade existentes no ordenamento jurídico não tem sido uma questão líquida. A qualificação como contratual ou delitual, ou como

⁶⁴ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para cumprir*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 76, 2016, cit. p. 112.

uma possível terceira modalidade de responsabilidade, apresenta refrações várias. Assim, desde logo, no que concerne aos prazos prescricionais aplicáveis (artigo 309.º do Código Civil e artigo 498.º do Código Civil), à presunção de culpa aplicável ao devedor no caso da responsabilidade contratual, nos termos do artigo 798.º do Código Civil ou o regime da responsabilidade do devedor por actos dos seus auxiliares (artigo 800.º do Código Civil).

Sumariamente colocado, o problema suscita, desde logo, algumas interrogações. Com efeito, o contrato é, sem dúvida, a fonte obrigacional em que a autonomia da vontade – a possibilidade de configuração ou modelação do conteúdo contratual – assenta na livre disponibilidade das partes, dentro de determinados limites impostos por lei ou por valorações transjurídicas como aquelas a que vimos fazendo apelo. O mesmo é dizer que o regulamento contratual é, ainda que obedecendo a determinados imperativos legais ou heterónomos, uma construção tipicamente atribuída às partes, cuja definição radica na sua auto-disponibilidade, ao abrigo do princípio da autonomia contratual (artigo 405.º do Código Civil). Assim, fazer impender sobre as partes – ou sobre uma das partes – a violação de um dever que não conste do programa contratual acordado afigura-se, em teoria, uma violação do princípio da relatividade contratual e da autonomia da vontade. É que, como vimos, os deveres acessórios de conduta – decorrentes da cláusula-geral da boa fé – não carecem de se fundar na regulação contratual acordada entre as partes contraentes, podendo transcendê-la e sendo autónomos face ao concreto conteúdo negocial⁶⁵. Uma análise incipiente e desajustada poderia levar a crer que, existindo um contrato entre as partes, poder-

⁶⁵ Neste sentido – embora assumo uma posição com a qual não se concorde em termos tão líquidos – não deixa de se afigurar interessante a tese de MAURÍCIO MOTA quando escreve: “*Só por pura ficção pode-se admitir que as partes reconheçam, no momento do acordo, declarem instituídos tais deveres com vistas à preservação de bens pessoais ou patrimoniais já subsistentes em sua esfera jurídica; as declarações que conscientemente emitem visam antes o estabelecimento de uma relação de prestação. Apoiando-se apenas em estatutos abstratos como o apelo ao contrato ou, mais explicitamente, ao seu sentido, sem apoio correspondente nas declarações correspondentes se pode falar numa fundamentação contratual dos deveres acessórios de conduta.*” *In Questões de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, Elsevier Editora, 2008, cit. p. 236.

se-ia imediatamente efabular toda a sorte de deveres acessórios pretensamente imputáveis às partes.

Crê-se, todavia, que a resposta ao problema parte, desde logo, da conformação do conteúdo contratual subscrito entre as partes, assim como da interpretação daqueles que são os fins e a natureza do contrato⁶⁶. De outro modo, a relevância dos deveres acessórios reconduzir-se-ia a uma mera panaceia, a uma figura nebulosa com o condão de evitar um regime de responsabilidade mais gravoso para aquele que o pretende afastar, ora lançando mão de pretensos deveres incluídos na esfera contratual, ora torneando a existência de tais deveres na previsão contratual a fim de se esquivar de tal regime. Daqui decorre a necessidade de estabelecer critérios seguros para delimitar o regime de responsabilidade imputável à violação de tais deveres, o que concita, desde logo, a clara delimitação entre a autonomia da vontade – fundamento último do programa contratual – e a heteronomia imposta por vinculações jurídicas, em homenagem a princípios metajurídicos, dos quais o contrato se não pode demitir.

A propósito da culpa *in contrahendo*, mas não deixando de ter particular interesse para o objecto do presente trabalho, as dificuldades do problema são analisadas por CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA nos seguintes termos: “O enquadramento sistemático da responsabilidade pré-contratual é controverso, variando as principais teses em torno de três polos: natureza obrigacional (ou mesmo contratual), natureza extraobrigacional e natureza híbrida (uma terceira via de responsabilidade civil). As teses obrigacionais não resistem à observação de que as regras da boa fé na formação do contrato não são geradoras de obrigações em sentido próprio, porque não envolvem prestações. As teses extraobrigacionais não se

⁶⁶ Crê-se que a chave para o problema residirá na equidistância ou equilíbrio entre a autonomia da vontade – enquanto elemento conformador do conteúdo negocial – e a necessária consideração da justiça contratual e das imposições ditadas pela cláusula geral da boa fé. Com efeito, o dualismo heteronomia – autonomia assume, nesta matéria, particular significado. Com efeito, adverte INOCÊNCIO GALVÃO TELLES: “O negócio jurídico supõe a intenção de produzir efeitos práticos vinculativos, sujeitos à tutela do Direito. Não existe negócio jurídico, e, portanto, algo de juridicamente exigível, se não há o intuito de vinculação no plano do Direito.” In *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, cit.p. 24.

*adaptam ao ambiente relacional gerado pelo contacto entre potenciais contraente que mutuamente se escolheram para negociar, em acentuado contraste com os deveres de comportamento erga omnes cuja violação justifica a responsabilidade delitual (...)*⁶⁷.

Sistematizando a questão que temos vindo a analisar, adverte JOANA FARRAJOTA: *“A questão da natureza dos deveres acessórios e, conseqüentemente, do regime a que se encontra sujeito o seu incumprimento, não é pacífica entre a doutrina e, em especial, se tivermos em mente os deveres de segurança que compõem o círculo externo, na classificação proposta por MENEZES CORDEIRO. Prossequindo estes um fim relativamente independente da execução da prestação objecto da relação obrigacional, poder-se-ia concluir que a respectiva violação não é reconduzível ao objecto típico do incumprimento contratual. De facto, tratando-se frequentemente de deveres que as partes não previram, nem tão pouco quiseram, poder-se-á, não obstante, reconhecer-lhes uma natureza contratual? A questão consiste, pois, em determinar se a violação destes deveres consubstancia um incumprimento, gerador de responsabilidade contratual, ou se, pelo contrário, se trata apenas de um ilícito fonte de responsabilidade delitual ou ainda de um tipo de responsabilidade intermédia*⁶⁸.

As respostas ao problema de saber qual o regime de imputação à violação dos deveres acessórios de conduta têm sido díspares, tanto na doutrina como na jurisprudência. O problema coloca-se sobretudo nas situações em que, mercê da execução do contrato, são violados direitos absolutos, assumindo particular importância os designados «deveres de protecção», não obstante a análise se poder estender aos demais deveres acessórios sistematizados pela doutrina. Assim, desde as teses que negam a possibilidade de integrar a sua violação no âmbito da responsabilidade contratual ou aquiliana – designadamente no caso de violação de um direito absoluto, preferindo um regime «especial» ou «intermédio»⁶⁹ (CARNEIRO

⁶⁷ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, Volume I, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, cit.p.226.

⁶⁸ JOANA FARRAJOTA, *ob.cit.*, p. 237.

⁶⁹ Não cabendo no âmbito do presente trabalho escarpelizar a vasta argumentação do Autor, refira-se apenas que o Autor considera que os «deveres de protecção» são susceptíveis de se manterem

DA FRADA) –, outras soluções são igualmente equacionáveis e sustentadas na doutrina nacional.

Assim, por exemplo, para PEDRO ROMANO MARTINEZ, a violação de deveres acessórios de conduta configura um dano *extra rem*, situando-se fora da órbita contratual e, por isso, gerador de responsabilidade delitual ou aquiliana⁷⁰. Diferentemente é a posição sustentada por outros autores como JOÃO CURA MARIANO⁷¹, CARLOS MOTA PINTO⁷² ou ÁLVARO RODRIGUES⁷³, os quais propendem para a recondução do problema aos quadros da responsabilidade contratual – posição que encontra ressonância em arestos das instâncias mais autorizadas⁷⁴⁻⁷⁵.

mesmo em virtude de uma eventual invalidade do contrato, o que justificaria a autonomia da sua tutela e, outrossim, entendendo que a razão de ser das normas de qualquer uma das modalidades não consegue absorver integralmente as particularidades destes deveres. Nesse sentido, conclui propondo uma ponderação casuística a partir da qual, e por analogia, se aplicarão os preceitos de uma ou outra modalidade de responsabilidade. Cfr. *Contrato e Deveres de Protecção*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, p. 142.

⁷⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso. Em especial na compra e venda e na empreitada*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2001, p. 346.

⁷¹ JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 91-94.

⁷² CARLOS MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, Coimbra, 2003, p.342.

⁷³ ÁLVARO RODRIGUES, *Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos*, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, XIV, Tomo 3, 2000, p. 197.

⁷⁴ Vide, neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 07-09-2010, relatado pela Desembargadora Teresa Pardal, processo n.º 61/05.6TBSPS.C1. No mesmo sentido, vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-04-2010, relatado pelo Conselheiro Sebastião Póvoas, processo n.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07-12-2010, relatado pelo Conselheiro Silva Salazar, processo n.º984/07.8TVLSB.P1.S1 e, ainda, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17-12-2009, relatado pela Desembargadora Catarina Arêlo Manso, processo n.º 4738/05.8TBAMD.L1-8, no qual se pode ler: “E, como se sabe, a violação dos deveres laterais ou deveres acessórios de conduta – integrantes da chamada relação obrigacional complexa ou relação contratual e essenciais ao correcto processamento da obrigação principal, atento o principio geral da boa fé estabelecido no artigo 762 do Código Civil – também acarreta, pela sua gravidade, as mesmas consequências que o incumprimento das obrigações principais.”.

⁷⁵ Propendendo para a mesma solução – integrando a situação no âmbito da responsabilidade contratual – veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08-09-2009, relatado pelo Conselheiro Urbano Dias, processo n.º 456/09.6YFSLB, quando nele se escreve: “A obrigação da Ré emergente do contrato não se esgotou na venda e montagem dos pneus na viatura. Sofre ela impenia também a obrigação de esclarecer a Autora sobre o tipo de pneus que deveriam ser colocar no veículo, pois não podia ignorar ser importante para a segurança do veículo que este circulasse com os pneus adequados, e também não deveria colocar no veículo um pneu inadequado. Estes são deveres acessórios de conduta que não observou. Com efeito: O pneu não estava de acordo com recomendação do fabricante, um aspecto que a Ré tinha a obrigação de verificar. Além disso, montou no eixo dianteiro um pneu que sabia que não era recomendado para rodar nos eixos direccionais da frente. Ao agir da forma descrita, a Ré cumpriu defeituosamente o contrato de prestação de serviços que celebrou com a Autora. Este comportamento não pode deixar de merecer um juízo de censura, e

Particularmente interessante é a posição de CARLOS MOTA PINTO, o qual apela para uma ideia de «*íntima conexão*» entre dano e contrato, isto é, saber se “(...) o comportamento danoso teve lugar na actuação ou execução do contrato, isto é, em *íntima conexão com ela e não por ocasião dela*”⁷⁶.

A mesma posição é caucionada por MAFALDA MIRANDA BARBOSA – reconduzindo igualmente o problema aos quadros da responsabilidade contratual – conquanto ofereça uma argumentação diversa. Assim, para a Autora, a questão estaria em integrar o dano no âmbito da «*economia contratual*», o que – ao contrário das posições anteriores – prescindiria em absoluto de qualquer ideia de «*íntima conexão*» ou da doutrina da causalidade adequada. Para a Autora, a integração no âmbito contratual seria encontrada através da boa fé, ou seja, atendendo às “(...) *circunstâncias de surgimento do dever de protecção. Os danos que se podem reconduzir ao âmbito contratual são aqueles que deveriam ser obliterados com o cumprimento do referido dever. Por outro lado, a fonte do dever tem de ser a boa-fé e não um dever genérico de respeito pelo outro, o que quer dizer que o surgimento do dever se deve justificar em nome da relação especial que existe entre as partes e estar ao serviço do interesse contratual*”⁷⁷.

Posição distinta das anteriores é sustentada por LUÍS MENEZES LEITÃO, para quem o aporema em discussão não tem uma solução unívoca, devendo apenas merecer uma solução casuística. Assim, segundo o Autor: “*No entanto, uma vez que a violação dos deveres acessórios pode corresponder à tutela de situações jurídicas variadas, enquadráveis na denominada «terceira via de responsabilidade civil», e uma vez que entre nós o art. 500.º, ao contrário do que sucede no direito alemão, permite igualmente estabelecer uma responsabilidade objectiva por facto de terceiro,*

infringe indiscutivelmente os deveres de diligência, lealdade e boa fé a que estava obrigada”. Movemos aqui, como é evidente, no âmbito da responsabilidade contratual, onde a culpa no cumprimento se presume do devedor: é a este que, nos termos do preceituado no artigo 799.º, nº 1, do Código Civil, incumbe a prova de que “*a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua*”.

⁷⁶ CARLOS MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, Coimbra, 2003, cit p. 409.

⁷⁷ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Arrendamento, Responsabilidade Civil e Terceiros*, Estudos de Direito do Consumidor, Número 12, Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, cit.p. 168-169.

*parece preferível considerar estar-se perante uma lacuna a integrar caso a caso, consoante o que pareça mais adequado à situação em questão*⁷⁸.

A solução face ao problema, mormente quando em causa esteja a violação de um dever absoluto decorrente da preterição de um dever lateral de conduta (um «dever de protecção») afigura-se-nos mais complexa, não obstante deva partir das estipulações contratuais e do fim almejado pelas partes, do «perímetro» ou da «economia» do contrato.

Com efeito, se nos casos em que o dever acessório está directa ou expressamente inscrito no programa contratual ou decorre da Lei não se afiguram dúvidas – assim como nos casos em que se lesem terceiros em relação ao contrato – a situação já se afigura menos pacífica quando esse dever não foi estipulado *ex ante* – não constando do acordo contratual – ou nem sequer foi previsto pelas partes. Será nestes casos que a tarefa do julgador será mais delicada, e terá de ser cotejada com os princípios fundamentais em matéria contratual, designadamente a autonomia da vontade, a relatividade contratual e as vinculações heterónomas impostas pela ordem jurídica. Nestes casos, competirá ao julgador ponderar e avaliar o conteúdo contratual acordado e os fins do contrato celebrado. Impõe-se, pois, divisar um percurso metodológico que assegure ao Tribunal uma tarefa exegética cuidada e meticulosa, que não redunde em arbitrarismos ou puro casuísmo. Neste sentido, adverte CARNEIRO DA FRADA: *“Insistindo: o conteúdo do contrato pode ter de apurar-se, mas apurado, mantém-se fixo, inflexível (salvo excepções). Já o teor dos deveres de consideração requer, na ausência de lei que os especifique, uma concretização/ponderação que reclama processos argumentativos complexos e estruturas de fundamentação “situacionadas”. Um pensamento tópico poderá irromper aqui com intensidade. Mas não deixa de reclamar-se então (concomitantemente) uma ponderação orientada para uma concordância prática*

⁷⁸ In *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, *cit.* p. 239.

*dos interesses dos sujeitos e que não dispensa, antes exige, um esforço de orientação e ordenação sistemática acrescido*⁷⁹.

Apesar da tendência maioritária da doutrina – seguida de perto por alguma jurisprudência – propender para a inclusão da violação dos deveres acessórios no âmbito da responsabilidade contratual, cremos que tal orientação carece de ser burilada com outros contributos, os quais têm vindo a emergir em recentes arestos do Supremo Tribunal de Justiça, e seguidos de perto pelas instâncias inferiores.

Nesta conformidade, se em determinados casos, mormente quando em causa estejam deveres acessórios definidos no programa contratual ou emirjam lesões para terceiros, a questão afigura-se mais simples, parece-nos que a dificuldade reside, pois, naquele núcleo de situações em que da relação contratual emerge um concreto dever acessório de conduta, o qual não consta directamente do conteúdo contratual acordado, e há-que determinar o regime de responsabilidade aplicável. Como saber, então, se tal dever se *inclui* ou *reporta* ao âmbito de previsão do contrato, quando as partes sobre ele nada estipularam? Como saber, nesses casos, se a solução passa pela aplicação dos preceitos relativos à responsabilidade delitual ou à responsabilidade contratual? Em suma, como determinar quais os concretos limites do «*perímetro contratual*»?

Vejamos um exemplo colhido da jurisprudência, que aqui simplificámos para ulterior análise: A e B intentam uma acção declarativa de condenação contra a Faculdade C, com o objectivo de efectivar a responsabilidade civil extracontratual de C alegando, em suma, que o filho dos Autores havia falecido no decurso de lesões sofridas aquando da realização de actividades académicas de praxe dentro das instalações da Ré. Colocava-se, por isso, a questão de saber se no âmbito do contrato de prestação de serviços de ensino, educação e instrução entre os Autores e a Ré (ou entre a Ré e a vítima) figuraria um dever de garantir a segurança física e psíquica dos estudantes e de evitar os referidos danos. Importava, ainda, saber – uma vez que nos autos se discutia igualmente a eventual prescrição do direito de

⁷⁹ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Os deveres (ditos) “acessórios” e o arrendamento*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 73, número 1, 2013, cit. p. 275.

indemnização – qual o regime de responsabilidade de responsabilidade aplicável a tal facticidade. Depois de escoroar a realidade, o Tribunal decidiu pela existência de um dever acessório de conduta – um dever de protecção – a cargo da Ré, o qual “ (...) *face à ligação existente entre a realização da prestação principal devida pela ré e a necessidade de esta garantir, dentro das suas instalações, a segurança dos seus estudantes a fim de realizar aquela prestação (...) considera-se que do contrato celebrado resultava uma especial obrigação da ré para com a contraparte respectiva de garantir, nas suas instalações, tal segurança,, pelo que a violação do dever de a garantir, que a autora lhe imputa, tem de ser encarada à luz das normas relativas à responsabilidade contratual; ao contrário do que sucederia se o lesado por força da inobservância de regras de segurança fosse um terceiro, caso em que apenas poderia haver responsabilidade aquiliana*”⁸⁰.

Destarte, o problema parece vir a sedimentar-se na *praxis* jurisprudencial num sentido interessante e original: com efeito, alguma jurisprudência tem encontrado resposta para o problema mediante a análise do concreto conteúdo do programa contratual acordado entre as partes. Neste sentido, tendo o dano resultado da violação de um dever que, analisado o conteúdo do contrato, pode subsumir-se ou inscrever-se no seu programa, aplicar-se-iam os preceitos reguladores da responsabilidade contratual. Diferentemente, se de tal conteúdo não se possa inferir a existência de tal dever, ou se de tal dever tiver resultado uma lesão para um terceiro, aplicar-se-ão os preceitos reguladores da responsabilidade aquiliana⁸¹.

⁸⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07-12-2010, relatado pelo Conselheiro Silva Salazar, processo n.º 984/07.8TVLSB.P1. S1.

⁸¹ Vide, neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-09-2013, relatado pelo Conselheiro Távora Victor, processo n.º 7798/09.9T2SNT.L1.S1, quando nele se escreve: “*Intentada acção de indemnização contra a CP por um passageiro que se apurou ter caído da carruagem e ficado com uma perna esmagada entre o trilho do comboio e o cais de embarque, não é a responsabilidade extracontratual o único prisma por que a questão pode ser encarada, podendo sê-lo através da responsabilidade contratual em virtude do contrato.*”

A mesma posição tem vindo a ser sustentada por alguma doutrina, da qual destacamos o estudo de CLÁUDIA MADALENO. Com efeito, a Autora, depois de esmiuçar os vários contributos doutrinários sobre o tema, acaba por concluir, de forma semelhante àquela que vem sendo a tese do Supremo: *“Dir-se-á que esta não é uma resposta definitiva. Não obstante, parece-nos que uma solução que não atenda, por um lado, às especificidades da obrigação, e, por outro, ao âmbito, obrigacional ou delitual, do interesse lesado, seria uma resposta incorreta e precipitada. Ponderados ambos os riscos, preferimos ainda assim a primeira solução, assente em vetores que tomamos como certos, como é o caso de se integrar ainda no esquema obrigacional a violação de deveres acessórios, quer por parte do devedor, quer pelos seus auxiliares de cumprimento. Ou seja, assente estará que o devedor responde pela inobservância de tais deveres: o problema poderá ser, ao invés, o da qualificação do devedor como estando ainda no campo de proteção obrigacional, ou já dele extravasando”*⁸².

Daqui decorre que terá o Tribunal, casuisticamente, de determinar se as partes ou a lei previram aquele concreto dever ou se tal dever assume, com alguma intensidade, ligação ou relação com o contrato (*rectius*, ao objecto e aos fins do contrato). Essencial será, pois, aferir a concreta ligação com o objecto contratual: se tais deveres se situarem na esfera ou na órbita do objecto contratual, seguir-se-á a aplicação das regras da responsabilidade contratual. Caso contrário, aplicar-se-ão os preceitos da responsabilidade aquiliana ou delitual.

A questão está, portanto, em reconduzir a violação do dever acessório de conduta é ou não indispensável em relação ao objecto principal, ou seja, se se pode divisar uma *essencialidade* entre o dever violado e os fins do contrato e, em simultâneo, se o dever violado se encontra intimamente relacionado com o conteúdo contratual. Parecendo apontar para tal delimitação conceptual, sustenta MARIA DE LURDES VARGAS: *“Porque também os deveres acessórios de proteção da*

⁸² CLÁUDIA MADALENO, *A Responsabilidade obrigacional objetiva por fato de outrem*, Dissertação de Doutoramento em Direito, Ciências Jurídico-Civis, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, cit.p.943, disponível para consulta em: <http://repositorio.ul.pt>.

*peessoa e do património do credor, construídos a partir do próprio sistema, assentes no princípio da boa-fé, só terão razão de ser onde a própria disciplina do contrato não fornece proteção*⁸³.

Nos casos em que tal se afigure possível – o que exigirá um juízo casuístico por parte do Tribunal – aquele concreto dever, não tendo sido directamente estipulado pelas partes ou resultado da Lei – poderá ser *transplantado* para o perímetro contratual. Tem sido esta a tendência encontrada pela jurisprudência – ainda que, como vimos, com arestos a deporem em sentido diverso – relativamente à questão em análise⁸⁴. Alguma doutrina parece depor no mesmo sentido, nomeadamente quando introduz o conceito de «risco típico da prestação», sustentando a existência de uma ligação entre a actividade danosa realizada e o objecto da prestação⁸⁵.

Entre nós, a distinção operada por PEDRO ROMANO MARTINEZ – pese embora o Autor conclua, no âmbito do contrato de empreitada, pela subsunção ao instituto da responsabilidade delitual – afigura-se, ainda assim, interessante. Com efeito, o referido Autor distingue entre danos *circa rem* – causados no objecto da prestação – e danos *extra rem*, causados noutros bens do credor. A construção do Autor apresenta o mérito de distinguir o regime aplicável consoante a ligação ao objecto da construção. Não obstante a solução a que conduz, ligando os danos *extra rem* ao regime da responsabilidade delitual e os danos *circa rem* ao regime da responsabilidade obrigacional, o ponto de partida afigura-se nos profícuo⁸⁶.

⁸³ MARIA DE LURDES COENTRO VARGAS, *Escândalos no Desporto e Perturbação do Contrato de Patrocínio: a desconformidade contextual da prestação*, Dissertação com vista à obtenção do grau de Doutora em Direito na especialidade de Direito Privado, Universidade Nova de Lisboa, Fevereiro de 2016, cit. p. 237, disponível para consulta em: run.unl.pt.

⁸⁴ Veja-se, a título ilustrativo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25-06-2009, relatado pelo Conselheiro Mário Pereira, processo n.º 4117/08, quando nele se escreve: “A responsabilidade civil contratual resulta do não cumprimento, lato sensu, dos deveres relativos próprios das obrigações contratuais, incluindo os deveres acessórios de conduta, ainda que impostos por lei, no seio da complexa relação obrigacional. Por sua vez, a responsabilidade civil extracontratual assenta na violação de deveres gerais de abstenção, omissão ou não ingerência, correspondentes aos direitos absolutos”.

⁸⁵ FRANCESCO BENATI, *Osservazioni in tema di «dovere di protezioni»*, RTDPC, 1960, pp. 1342-1363.

⁸⁶ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso: em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, pp. 259 e ss.

Em idêntico sentido, decidiu o mesmo Tribunal noutro aresto: *“Em suma: não pode ter-se por incluído no perímetro de um contrato de empreitada para produção de obra audiovisual um dever irrestrito de protecção da integridade pessoal e patrimonial, não apenas da sociedade/ contraente, mas também da pessoa física que detém a qualidade de sócio daquela, de modo a que quaisquer danos decorrentes da lesão dos direitos absolutos de qualquer desses sujeitos – traduzidos, no caso, na frustração de outras futuras relações contratuais, totalmente autónomas relativamente à controvertida, – envolva responsabilidade contratual do lesante”*⁸⁷.

Delimitada em termos gerais, a questão não se afigura isenta de escolhos. Há, pois, que encontrar critérios operativos que permitam ao intérprete-aplicador integrar a violação de tal dever no âmbito ou fora do «perímetro contratual»⁸⁸.

Crê-se, pois, que a resposta ao problema terá de ser cotejada com os seguintes elementos essenciais: a *especial ligação* entre o dever acessório violado e o objecto principal do contrato e *ligação causal* entre o dano e a violação do dever acessório de conduta. Verificados que estejam estes dois pressupostos, integrar-se-á a violação do dever acessório de conduta na órbita da responsabilidade contratual, aplicando-se-lhe o regime da responsabilidade contratual. Caso contrário, aplicar-se-ão os preceitos correspondentes à responsabilidade extracontratual. Tal parece ser a solução perfilhada em alguns arestos do Supremo Tribunal de Justiça, quando se escreve: *“(...) entende-se que, numa situação como a dos autos, na qual, mais do que uma conexão, há uma ligação necessária entre a execução da empreitada – demolição do telhado e construção de outro novo – e a*

⁸⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-05-2014, relatado pelo Conselheiro Lopes do Rego, processo n.º 600/11.3TVLSB.L1. S1.

⁸⁸ *Não pode criar-se para a entidade vendedora de determinadas fracções de edifício sujeito ao regime da propriedade horizontal, no plano estritamente contratual e por via do princípio da boa fé, um dever lateral de, ao longo dos anos, providenciar (nessa veste de vendedora) pela adequada conservação do prédio, respondendo perante os condóminos/compradores pelos danos decorrentes de deficiências do imóvel, causadas pela negligente omissão de actos conservatórios: na verdade, consumada ou exaurida a venda, o tema da conservação futura do imóvel e das omissões culposas que nesta sede possam ocorrer já não se situa no perímetro contratual (ainda que no plano da pós eficácia das obrigações emergentes de contrato de compra e venda, há muito exaurido e findo), mas antes no âmbito institucional da propriedade horizontal e das competências e actuações dos órgãos que juridicamente a integram”. In Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28-05-2015, relatado pelo Conselheiro Lopes do Rego, processo n.º 1340/08.6TBF1G.C1. S1.*

*exposição da casa ao risco de inundação pela chuva, o referido dever tem fundamento contratual*⁸⁹.

Parece ter sido este o *iter* igualmente percorrido pelo Tribunal da Relação de Coimbra⁹⁰, o qual, depois de destrinçar o âmbito contratual, procurou compreender se o dever acessório tem autonomia face ao fim contratual pretendido pelas partes. Neste sentido, também o referido aresto parece inclinar-se para um critério idêntico ao da indispensabilidade entre o objecto do contrato e o dever acessório incumprido. Teria de haver, pois, um «*entrosamento*» entre o dever acessório violado e o objecto contratual. Apenas nestes casos poder-se-ia afirmar a existência de um ilícito contratual, designadamente lançando mão da referida figura da violação contratual positiva ou cumprimento defeituoso da prestação⁹¹⁻⁹².

Do mesmo modo, a preterição do dever acessório tem de ser *causa adequada* da produção do(s) concreto(s) danos invocados. Com efeito, o recurso a fórmulas vazias ou genéricas, mais ou menos gongóricas, não bastará para fundamentar o dano alegado. Da factualidade terá de resultar, portanto, que o(s) dano(s) invocado(s) resultaram directamente da violação de um determinado dever acessório. O dever acessório tem de encontrar, expressa ou tacitamente, algum acolhimento dentro do âmbito de previsão contratual. Utilizando uma formulação negativa, a ligação ente o dever violado e o âmbito do contrato têm de se revestir

⁸⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01-07-2010, relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, processo n.º623/09.2YFLSB.

⁹⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 09-11-2004, relatado pela Desembargadora Alexandrina Ferreira, processo n.º 2278/04.

⁹¹ Em sentido algo diferente do proposto, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07-02-2017, relatado pelo Conselheiro Hélder Roque, processo n.º 4444/03.8TBVIS.C1. S1, o qual propende para um concurso de responsabilidades, colocando na disponibilidade do lesado optar pela solução que vislumbre mais benéfica no que à sua tutela concerne.

⁹² Em sentido diferente, decidiu-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19-02-2009, relatado pelo Conselheiro Serra Baptista, processo n.º O8B3821, onde se conclui: “*Tendo o Banco réu violado, com errada informação ao cliente, os deveres acessórios de conduta a que por via do contrato de depósito e respectiva convenção de cheque com o autor celebrados está vinculado, torna-se responsável pelo prejuízo que ao mesmo causa. Devendo considerar-se como integrando hipótese de violação positiva do contrato, além do mais, os casos de violação dos deveres acessórios, com o inerente direito à indemnização pelos danos*”.

de particular intensidade, uma vez que *“A tutela reforçada dos direitos absolutos de cada um dos contraentes não pode, assim, fundar-se na criação irrestrita pelo intérprete e aplicador do direito de deveres laterais de protecção da integridade pessoal e patrimonial de um dos contraentes, aplicáveis à generalidade dos contratos, de modo a abranger o ressarcimento de todos os danos decorrentes da lesão do direito absoluto, quando a ligação ao contrato e aos seus fins se configure como meramente ocasional ou circunstancial – implicando antes uma cuidada indagação e ponderação acerca da natureza, teleologia e funcionalidade de cada relação contratual, só se justificando inserir no perímetro de certa relação contratual complexa – sujeitando-a, conseqüentemente, à disciplina da responsabilidade contratual – a tutela dos direitos absolutos de uma das partes quando tal for imposto pelo próprio fim do contrato e pela natureza específica das prestações acordadas ou quando a relação contratual tenha originado um risco particular e acrescido para uma das partes”*⁹³.

Repise-se que a solução para o problema que aqui pugnámos – mediante a utilização daqueles critérios interpretativos – encontra acolhimento na jurisprudência do Tribunal da Relação de Coimbra, o qual estribou tal entendimento no seguinte percurso decisório: *“Deste modo, afigura-se-nos necessário seguir um percurso de análise que garanta, de alguma forma, que os deveres laterais cuja violação é invocada, se encontram dentro dos limites da relação contratada. Em primeiro lugar observando se, para o negócio jurídico celebrado, as partes definiram ou o legislador enunciou os deveres que vinculam os contratantes; em segundo lugar, importa analisar se o (s) dever (es) alegadamente violados se inscreve (m) dentro da relação obrigacional estabelecida, ainda que acessoriamente, ou existe (m) fora dela”*⁹⁴.

⁹³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-05-2014, relatado pelo Conselheiro Lopes do Rego, processo n.º 600/11.3TVLSB.LI. Si.

⁹⁴ A mesma atitude metodológica pode ser encontrada no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01-10-2015, relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, processo n.º n.º2104/05.4TBPVZ.P. Si.

Aqui chegados – compulsada a doutrina e a jurisprudência mais qualificadas – parece que a solução seguida pelos Tribunais, a fim de determinar a violação do dever acessório de conduta (mormente um dever de protecção) no âmbito da responsabilidade contratual ou extracontratual – terá de ser encontrada mediante um percurso exegético nos termos do qual, partindo-se da «*economia contratual*» e da análise do concreto programa acordado: 1) o Tribunal determine se existe «*fundamento jurídico-contratual*», ou seja, se o concreto dever violado pode, mediante a análise do conteúdo contratual acordado ou da Lei e atendendo à finalidade socioeconómica do contrato celebrado, ser imputado à parte que pretensamente o violou; 2) saber se o concreto dever acessório violado é ou não *essencial*, isto é, se o dever violado se encontra numa relação de especial pertinência ou indispensabilidade em relação ao fim contratual; 3) saber se existe *adequação* entre a violação dos deveres e os danos que são imputados ao lesante, nos termos gerais da doutrina da causalidade adequada⁹⁵.

Tais pressupostos destinam-se, pois, a garantir que a tutela mais intensa (designadamente quando em causa esteja um direito absoluto) seja rodeada das necessárias cautelas, evitando uma protecção irrestrita ou ilimitada. Com efeito, tal integração no perímetro contratual permitirá ao lesado beneficiar de uma tutela jurídica particularmente mais benéfica, mormente no que concerne aos prazos de prescrição – amplamente dilatados face à responsabilidade delitual – ou ao regime relativo à presunção de culpa⁹⁶.

⁹⁵ Tal como, aliás, consta da motivação do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27-11-2017, relatado pelo Desembargador Jorge Seabra, processo n.º 255/12.8TBSTS.P1, onde se escreve: “*Dito de outra forma, e como se mostra já salientado na sentença recorrida, em tal circunstancialismo, falece a prova de que o cumprimento de tais deveres acessórios (a afirmarem-se) pelo lesado seria idóneo ou apto, segundo as regras da experiência e do curso normal das coisas, para evitar a não detecção do assalto e, portanto, para a sua consumação*”.

⁹⁶ Um percurso decisório semelhante pode ser encontrado, *inter alia*, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22-03-2018, relatado pelo Desembargador Jorge Leal, processo n.º 14202/16.4T8LSB.L1-2, no qual se escreve: “*Ainda que se aceite ser questionável que da relação bancária geral resulte para os bancos um dever genérico de prestação de informações (obrigação de prestação de informações fora de específica contratação ou de imposição legal), que arrede a regra geral de desresponsabilização prevista no n.º 1 do art.º 485.º do CC, entende-se que se o banco, interpelado pelo cliente para prestar uma informação não diretamente conexas com a relação bancária em concreto vigente, aceitar prestá-la, ou se o banco tomar a iniciativa, a latere de concreta*

Cumprido tal percurso, o Tribunal estará em condições de integrar a violação de tal dever no âmbito da responsabilidade obrigacional, uma vez que tal dever se inclui no «*perímetro contratual*». Não obstante as cambiantes que as diferentes situações certamente aportarão, crê-se que este caminho metodológico – o qual encontra respaldo em vários arestos – afigura-se o mais interessante, uma vez que permite o equilíbrio desejável entre alguns axiomas do Direito Civil, como sejam a autonomia da vontade – a qual, pese embora não seja decisiva na configuração dos deveres acessórios, não se julga que possa ter inteiramente arredada –, ou o princípio do contrato ou a relatividade contratual. Será sempre no âmbito destes princípios ordenadores que a actividade exegética do Tribunal terá de se mover, sob pena de ingressar no «*perímetro contratual*» quem não pretendeu os seus efeitos, quem não teve oportunidade de os modelar e que ficaria, dessarte, altamente prejudicado em virtude da aplicação dos seus preceitos.

Crê-se, pois, que a solução para o problema passará pela indagação daquele que se julgue ser, mediante as particularidades do pleito submetido a juízo, o «*perímetro contratual*»: a inclusão ou exclusão em torno desse conceito ditará, nos termos propostos, o regime de responsabilidade aplicável – responsabilidade obrigacional no caso de se pugnar pela inclusão no «*perímetro contratual*»; responsabilidade delitual caso se julgue verificada a exclusão ou alargamento em relação a tal conceito.

Síntese conclusiva

Se é um dado inconcusso que a relação obrigacional é hoje *complexa*, não prescindindo da consideração de uma multiplicidade de deveres laterais ou acessórios, a questão de saber qual o regime aplicável ao incumprimento de tais deveres encontra-se, ainda, longe de obter uma resposta uniforme ou estável. Nessa medida, e não obstante as várias teses em confronto, a jurisprudência tem

relação negocial existente com o cliente, de o abordar para, por exemplo, o informar acerca de uma possibilidade de negócio, deverá fazê-lo em consonância com os deveres de rigor e diligência supra enunciados, incorrendo em responsabilidade obrigacional, se falhar”.

vindo a aduzir o critério ou ideia de «*perímetro contratual*», procurando aquilatar se o dever acessório existe e se a sua violação pode, de alguma forma, ser enquadrada no âmbito contratual, aplicando-se-lhe as normas relativas à responsabilidade contratual. Partindo dessa construção – a qual é aceite por alguns sectores da doutrina e tem ganho ressonância em vários arestos do Supremo Tribunal de Justiça – concluiu-se que tal referente não pode prescindir da ideia de «*essencialidade*» quanto ao objecto e aos fins do contrato e, ainda, de ser cotejada com a dogmática geral da *causalidade adequada* entre dano e dever acessório violado, visando-se, no fundo, a tutela da autonomia privada e o necessário equilíbrio entre valorações heterónomas do ordenamento jurídico (emergentes do princípio da boa fé) e o programa contratual concretamente pretendido pelas partes. Tais critérios permitirão, mediante a análise de cada caso concreto, saber se o dever acessório se encontra no interior do «*perímetro contratual*» – aplicando-se as normas relativas à responsabilidade contratual – ou se o mesmo se encontra fora da cintura contratual, caso em que os preceitos relativos à responsabilidade delitual ou um eventual concurso de responsabilidades serão a solução mais adequada.