



Universidade do Minho
Escola de Direito

Tiago Jonas Ribeiro Pinto

**Responsabilidade civil pós-contratual:
para uma análise do instituto da culpa
post pactum finitum nos ditames da boa-fé**

janeiro de 2020



Universidade do Minho
Escola de Direito

Tiago Jonas Ribeiro Pinto

**Responsabilidade civil pós-contratual:
para uma análise do instituto da *culpa
post pactum finitum* nos ditames da boa-fé**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Eva Sónia Moreira da Silva

janeiro de 2020

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



**Atribuição
CC BY**

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

AGRADECIMENTOS

Quem me conhece verdadeiramente, sabe que sou pessoa de poucas palavras.

Correndo o risco de contrariar Humberto Eco, pessoa, aliás, com quem será sempre muito difícil de discordar, não posso deixar de dar uma palavra bastante significativa à minha orientadora, a Professora Doutora Eva Sónia Moreira. Um exemplo nítido de dedicação, inteligência, genuíno empenho e sabedoria. Um muito obrigado pelo imprescindível acompanhamento deste trabalho.

Aos meus ilustres Colegas de escritório, sobretudo à Dra. Fernanda Faria Machado e à Dra. Mariana Cunha, pelo apoio, carinho e amizade.

À minha grande e fiel amiga, Beatriz Barbosa, com quem partilho todos os momentos da minha vida. Espero continuar a merecer a amizade e confiança depositadas.

Ao meu amigo, companheiro e ilustre Colega Pedro, pela tolerância durante este percurso que, por todos os motivos, não se afigurou fácil. Obrigado pelo carinho, apoio, amizade, respeito e por tantas outras coisas que não cabem em meras linhas.

À memória do meu avô Neca, pessoa que me ensinou, de entre tantas outras coisas, a ser livre. Pese embora tenha tido alguma dificuldade em aceitar a minha incursão pelo Direito, sempre se mostrou solidário com as minhas escolhas. Que este trabalho sirva para demonstrar que o Direito não é só feito de malabaristas e de pessoas mal-intencionadas.

À minha avó Júlia, que me ensinou o valor da família através do amor incalculável e dedicação inestimável.

À minha tia Paula, que me ensinou que a vida é feita de somas, subtrações, multiplicações e, principalmente, divisões.

À minha maior e melhor amiga, a minha saudosa mãe Esmeralda. Com profunda tristeza minha não teve oportunidade de ver o término deste trabalho. Não há palavras que consigam descrever o que tínhamos. Só tu e eu é que sabemos. Esse alento reside em mim. Esta dissertação é para ti.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Responsabilidade civil pós-contratual: para uma análise do instituto da *culpa post pactum finitum* nos ditames da boa-fé

RESUMO

A presente dissertação de Mestrado tem como objeto de estudo a responsabilidade civil pós-contratual, e surge-nos como o resultado das nossas reflexões em torno de um tema bastante mais abrangente: o contrato e os vários deveres conexos.

Porventura, a maior dificuldade sentida pelos profissionais do foro, no que ao instituto de que nos ocupamos diz respeito, tem que ver com a comprovação e delimitação da *culpa post pactum finitum*. Nesse sentido, iniciaremos este estudo pela fundamentação e circunscrição da responsabilidade civil pós-contratual. O objetivo, naturalmente, será o de perceber qual a base em que assenta o instituto, afastando-o de quaisquer figuras vizinhas.

Em seguida, atentaremos no princípio geral da boa-fé, na figura da relação jurídica complexa, e desaguaremos nos vários deveres suscetíveis de serem observados no decorrer do vínculo contratual. Aqui pretende-se, no essencial, conhecer dos deveres passíveis de sobreviverem à cessação do contrato, e que, quando violados, originarão precisamente a responsabilidade civil pós-contratual. Porque de suma importância, procederemos igualmente, nesta sede, à determinação e concretização do dever pós-contratual.

Certamente um tema controverso, cuidaremos de ajuizar da natureza jurídica da responsabilidade civil pós-contratual. Não poderíamos deixar de tratar esta questão, porquanto o regime aplicável à *culpa post pactum finitum* dependerá da solução que se encontre para a contenda.

Ainda que de forma sumária, não deixaremos de atender à disciplina inerente à fase posterior ao contrato no seio de uma relação contratual transnacional. Não obstante, o trabalho culminará com a análise ao regime jurídico da responsabilidade civil pós-contratual. Dar-se-á, aqui, dado o âmago do instituto, primazia aos aspetos particulares do regime.

Concluindo, esta dissertação, de forma absolutamente despretensiosa, pretende despertar o interesse dos membros da coletividade jurídica para o instituto em análise.

Palavras-chave: Boa-fé, Contratos, Direito Civil, Direito Privado, Responsabilidade Civil Pós-Contratual.

Responsabilidad civil post-contractual: para un análisis del instituto de la *culpa post pactum finitum* en los dictámenes de buena fe

RESUMEN

La presente disertación de Máster tiene como objeto de estudio la responsabilidad civil post-contractual, y nos surge como el resultado de nuestras reflexiones en torno a un tema bastante más abarcador: el contrato y los varios deberes conexos.

Por ventura, la mayor dificultad sentida por los profesionales del juzgado, por lo que respecta al instituto del que nos ocupamos, está relacionada con la comprobación y delimitación de la *culpa post pactum finitum*. En este sentido, empezaremos este estudio por la fundamentación y circunscripción de la responsabilidad civil post-contractual. El objetivo, por supuesto, estará relacionado con la comprensión de cual la base en la que asienta el instituto, alejándolo de cualquier figura vecina.

Enseguida, atentaremos al principio general de buena fe, en la figura de relación jurídica compleja y desaguaremos en los varios deberes susceptibles de ser observados en el decurso del vínculo contractual. Aquí se pretende, en lo esencial, conocer a los deberes pasibles de sobrevivir a la cesación del contrato y que, cuando violados, originarán precisamente la responsabilidad civil post-contractual. De suma importancia procederemos, de igual forma, en esta sede, a la determinación y concretización del deber post-contractual.

Cuidaremos de juzgar de la naturaleza jurídica de responsabilidad civil post-contractual, sin duda un tema polémico. No podríamos dejar de tratar esta cuestión, puesto que el régimen aplicable a la *culpa post pactum finitum* dependerá de la solución que se encuentre para la contienda.

Aunque de forma sumaria, no dejaremos de atender a la disciplina inherente a la fase posterior al contrato, en el seno de una relación contractual transnacional. Sin embargo, el trabajo culminará con el análisis al régimen jurídico de la responsabilidad civil post-contractual. Se dará, aquí, dado el meollo del instituto, primacía a los aspectos particulares del régimen.

Concluyendo, esta disertación, de forma absolutamente modesta, pretende despertar el interés de los miembros de la colectividad jurídica para el instituto en análisis.

Palabras clave: Buena Fe, Contratos, Derecho Civil, Derecho Privado, Responsabilidad Civil Post-Contractual.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	ix
INTRODUÇÃO	1
Capítulo I – A responsabilidade civil pós-contratual	6
1. A fundamentação da <i>culpa post pactum finitum</i>	6
1.1 O recurso à lei.....	6
1.2 O recurso à analogia	9
1.3 O recurso à boa-fé.....	11
2.As figuras afins.....	13
2.1 A pós-eficácia aparente.....	13
2.2 A pós-eficácia virtual.....	14
2.3 Entre a eficácia continuada e a pós-eficácia das obrigações em sentido estrito	14
3.O negativismo atinente à <i>c.p.p.f.</i> breves referências	16
Capítulo II – O princípio da boa-fé	18
1.Generalidades	18
2.A relação jurídica complexa	22
2.1 Os deveres principais, os deveres secundários e os deveres laterais.....	23
2.2 Os deveres laterais em especial: a sua função	24
3.Para uma determinação do dever pós-contratual: apontamentos gerais	32
4.A especificidade da relação laboral: a determinação do dever de lealdade após a extinção do contrato de trabalho.....	35
Capítulo III – A natureza jurídica da responsabilidade civil pós-contratual	46
1.A teoria contratualista	46
2.A teoria extracontratualista	50
3.Para um <i>tertium genus</i> : “terceira via” na responsabilidade civil.....	52
4.Posição adotada.....	54
Capítulo IV – Da <i>culpa post pactum finitum</i> e o direito internacional privado: breves referências	59
1.A inobservância dos deveres pós-contratuais no direito da União Europeia.....	59
2.A reserva de ordem pública internacional do Estado português.....	62

Capítulo V – Aspectos particulares atinentes ao regime da responsabilidade civil pós-contratual por violação do princípio da boa-fé	67
1.0 ónus da prova	67
1.1 A existência do dever	69
1.2 O seu cumprimento.....	70
1.3 A culpa	70
2.Responsabilidade por atos de outrem	72
3.0 dano indemnizável	73
3.1 O interesse contratual negativo e o interesse contratual positivo	73
3.2 Reparação de danos patrimoniais e não patrimoniais.....	79
3.3 Danos emergentes e lucros cessantes	80
3.4 Os danos puramente patrimoniais	80
3.5 A redução equitativa da indemnização	81
4.A prescrição	82
5.0 tribunal competente	84
CONCLUSÃO	86
BIBLIOGRAFIA	91

ABREVIATURAS

AAFDL	<i>Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa</i>
AA.VV	<i>Autores vários</i>
Ac.	<i>Acórdão</i>
Act.	<i>Atualizada</i>
al. / als.	<i>Alínea/ alíneas</i>
art./ arts.	<i>Artigo/ artigos</i>
Aum.	<i>Aumentada</i>
BFDUC	<i>Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BMJ	<i>Boletim do Ministério da Justiça</i>
CC	<i>Código Civil</i>
Cfr.	<i>Confrontar/ conferir</i>
<i>cic</i>	<i>Culpa in contrahendo</i>
Cit.	<i>Citado</i>
CPC	<i>Código do Processo Civil</i>
CPI	<i>Código da Propriedade Industrial</i>
<i>cppf</i>	<i>Culpa post pactum finitum</i>
CRP	<i>Constituição da República Portuguesa</i>
CT	<i>Código do Trabalho</i>
DL	<i>Decreto-lei</i>
ed.	<i>Edição</i>
EOA	<i>Estatuto da Ordem dos Advogados</i>
I.L.A	<i>Internacional Law Association</i>
n.º / n.ºs	<i>Número/ números</i>

o.p.i	<i>Ordem pública internacional</i>
p. / pp.	<i>Página/ páginas</i>
Proc.	<i>Processo</i>
RDES	<i>Revista de Direito e Estudos Sociais</i>
Reimp.	<i>Reimpressão</i>
Rev.	<i>Revista</i>
RGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
ROA	<i>Revista da Ordem dos Advogados</i>
sgt. / sgts.	<i>Seguinte/ seguintes</i>
STJ	<i>Supremo Tribunal de Justiça</i>
TRE	<i>Tribunal da Relação de Évora</i>
TRG	<i>Tribunal da Relação de Guimarães</i>
TRP	<i>Tribunal da Relação do Porto</i>
vol.	<i>Volume</i>

INTRODUÇÃO

A, Companhia de Seguros, celebrou com *B* um contrato de seguros do “ramo vida”. Nos termos do contrato, *B* teria direito – decorridos que estivessem oito anos de vigência do contrato – a receber de *A* o capital seguro. Findo, então, o prazo, *B* solicitou diretamente a *A* que efetuasse o respetivo pagamento, o que veio a acontecer. No entanto, quatro meses antes, *B* ofereceu à penhora, num processo executivo para pagamento de quantia certa movido pela Fazenda Nacional, um depósito bancário que detinha em *C*, entidade bancária, constituído por depósito à ordem, carteira de títulos e fundo de investimento. *C* tinha autorização de *A* para proceder ao débito de pagamentos relacionados com o resgate antecipado do produto financeiro inerente ao contrato de seguro em questão. Efetuada a penhora pela Fazenda Nacional, e porquanto *B* não liquidou a quantia exequenda, aqueloutra notificou *C* para que lhe entregasse a quantia penhorada. Na senda, *C* creditou a conta de *B* com a quantia correspondente ao valor do resgate antecipado do produto financeiro, sendo certo que *B* não deu disso conhecimento a *A* quando, posteriormente, reclamou o pagamento do crédito. Com efeito, *A* procedeu à liquidação do capital seguro por desconhecer que o mesmo já havia sido resgatado nos termos enunciados. Por conseguinte, *A* moveu contra *B* ação declarativa de condenação, firmando a sua pretensão no facto de *B* ter violado os deveres contratuais a que se encontrava adstrito – dever de lealdade – ao solicitar o pagamento do capital seguro quando este já se encontrava satisfeito, acionando, desta forma, a responsabilidade civil contratual de *B*.

A ação veio a ser julgada improcedente na 1.^a instância. Entendeu o tribunal *a quo* que o contrato havia cessado com o resgate antecipado do capital seguro pelo que, quando *B* solicitou o pagamento do capital a *A*, já não existia qualquer relação contratual entre ambos. Por conseguinte, a atuação de *B* não se consubstanciaria num ilícito contratual, faltando um pressuposto para efetivar a responsabilidade civil contratual de *B*: a ilicitude.

Não satisfeito com a decisão, *A* recorreu da sentença para o Tribunal da Relação do Porto, que acabou por revogar a decisão do tribunal *a quo*. Pese embora o TRP tenha concordado que o contrato havia cessado com o resgate antecipado, foi da opinião de que foi violado um dever de lealdade pós-contratual por parte de *B*, quando solicitou à *A* o pagamento do capital seguro, bem sabendo que o

¹ Caso julgado retirado do Ac. do TRP, de 08/07/2015, no proc. n.º 487/11.6TBMTS.P1 (relator: Rui Moreira), disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/0b4f8e780120452880257e96003b28e2?OpenDocument> (consultado a 20/04/2019).

capital já havia sido satisfeito, aproveitando-se do desconhecimento de *A* sobre tal circunstância. O tribunal *ad quem* subsumiu, então, o caso dos autos ao instituto da *culpa post pactum finitum*.

A responsabilidade civil pós-contratual, ou *culpa post pactum finitum*², é um instituto que surgiu na Alemanha na década de 20. Todavia, ao contrário da esmagadora maioria dos casos, a *cpcf* foi o produto de uma ponderação jurisprudencial, e não doutrinal, que visou solucionar casos concretos merecedores de tutela jurídica. Atentemos em alguns exemplos.

A autora adquire, por contrato de compra e venda, um terreno para construção ao réu. O terreno gozava de uma vista sobre um monte. No âmbito das negociações, o réu havia confirmado à autora que nenhuma construção iria ser levada a cabo entre o seu terreno e o monte. Não obstante, e volvidos uns meses da celebração do contrato, o réu adquire o terreno confinante e procede a edificações que prejudicaram as vistas da autora. Do contrato de compra e venda celebrado entre a autora e o réu, nada resultava a respeito, configurando um contrato-tipo. No entanto, a autora alegou prejuízos com a perda das vistas. A ação é julgada improcedente nas instâncias, mas acaba por ter provimento no *Reichsgericht*³.

Num outro caso, a autora, sociedade que tinha por objeto a fabricação e comercialização de casacos de senhora, solicita aos réus uma série de casacos, cujo modelo foi expressamente concebido por estes para o efeito. Após, os réus forneceram a terceiros – entidades concorrentes da autora – o mesmo modelo de casaco, sem prévio consentimento daquela, sendo certo que, do contrato celebrado entre autora e réus não resultava qualquer cláusula de exclusividade ou de não concorrência. Evidentemente, a autora alegou ter tido prejuízos com a conduta dos réus. Pese esse facto, a autora ganha na 1.^a instância, perde na 2.^a instância, mas vê o seu desiderato alcançado pela revista do RGH⁴.

Ora, em ambos os casos enunciados, os contratos haviam sido pontualmente cumpridos. Por esse facto, as lides se mostraram controversas. Afinal, as obrigações extinguíram-se pelo cumprimento, o que se constatou em ambas as hipóteses. No entanto, e perante o circunstancialismo, negar provimento às ações não se afigurou, para os tribunais, uma hipótese de Direito e justiça. Assim, e no caso das vistas, *Reichsgericht* entendeu que não foi violado nenhum dever de prestar; no entanto, do

² Há quem designe de *culpa post pactum perfectum*, *culpa post pactum solutum*, e ainda, *culpa post contractum finitum*. Apud. MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1991, p. 146.

³ Apud. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. IX, 3.^a ed., rev. e aum., Coimbra, Almedina, 2017, p. 168.

⁴ Apud. MAURÍCIO MOTA, *A Pós-Eficácia das Obrigações Revisitada*, pp. 219 e 220, disponível em <https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTI1NQ%2C%2C>, (consultado a 29/07/2019).

cumprimento pontual dos contratos, com o conseqüente termo, poderão resultar efeitos pós-eficazes, como seja o dever de o ex-contratante adotar um determinado comportamento ou omitir uma determinada conduta⁵. Na hipótese dos casacos, o entendimento foi semelhante; entendeu a revista que, por força do dever de lealdade, os réus estavam vinculados a não perigar ou diminuir o êxito obtido com o contrato celebrado⁶.

Ora, conclusão parecida é possível retirar do caso apreciado pelo TRP. O contrato efetivamente já se encontrava extinto, por força do resgate antecipado do capital seguro. Nesse sentido, já não se verificava, aquando do pedido de pagamento do capital seguro por parte do réu, uma relação contratual entre ambos. Acontece, porém, que o réu aproveitou-se do desconhecimento da autora acerca do resgate antecipado, para locupletar-se à sua custa. É evidente que, perante as circunstâncias, o réu não deveria, em homenagem ao princípio da boa-fé, concretizado no dever de lealdade, ter-se aproveitado do desconhecimento da autora para tirar proveito de um contrato já cessado. O réu violou um dever de lealdade pós-contratual, lesando, com isso, a esfera patrimonial da ex-contratante.

Nesse sentido, a *culpa post pactum finitum* consiste em responsabilizar as partes, após a extinção de um contrato que as manteve vinculadas a determinados deveres de prestar, pelos danos causados, em virtude da adoção de comportamentos que, mediante as circunstâncias, lhes estarão interditos, por violarem determinados princípios que a ordem jurídica tem como essenciais ao tráfego. Não podem as partes, após a cessação do vínculo contratual, reduzir as vantagens obtidas com o contrato, criando vicissitudes no resultado obtido, nem aproveitar-se da relação de confiança anteriormente existente para retirar uma vantagem ilegítima, criando, com isso, danos na esfera patrimonial ou pessoal da contraparte.

A evolução doutrinária que vem sendo feita a propósito do instituto da responsabilidade civil pós-contratual é bastante diminuta⁷. Por esse motivo surge, assim, o nosso interesse, em jeito de contributo. Pretende-se com este trabalho, no essencial, atentar no âmbito, natureza e regime jurídico aplicável à *c.p.p.f.*

⁵ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, p. 146.

⁶ MAURÍCIO MOTA, *ibidem*.

⁷ Para uma detalhada análise acerca da evolução da doutrina vide MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, pp. 147 a 155. Do mesmo autor, *Tratado de Direito Civil, cit.*, vol. IX, p. 169 e sgts.

Com efeito, ao longo do primeiro capítulo iremos aferir da fundamentação da *cpcf*. Ou seja, pretendemos perceber em que se pode basear, no ordenamento jurídico português, a responsabilidade civil pós-contratual. Como sabemos, no nosso sistema surgem essencialmente dois tipos de responsabilidade civil sobejamente disciplinados: a responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual. Ambas as categorias encontram-se previstas no nosso Código Civil. Acontece, porém, que a responsabilidade civil pós-contratual surge como uma zona cinzenta que não se encontra expressamente regulada pela lei. Urge, assim, saber em que se apoia a figura da *cpcf*. Por outro lado, mostra-se essencial perceber os seus contornos, o seu âmbito, pelo que se procederá nesta sede à delimitação do instituto.

Posteriormente, revisitaremos um tema que, como se verá, tem muito que ver com o objeto deste estudo: o princípio da boa-fé. Tomando como ponto de partida a relação jurídica complexa, iremos abordar, ainda, no segundo capítulo, os vários tipos de deveres a que as partes se encontram adstritas, com especial enfoque nos deveres laterais, acessórios ou de conduta. Propomo-nos, pois, a proceder a uma determinação do dever pós-contratual, culminando com uma análise às relações jurídicas laborais, onde o tema suscita questões particulares, atendendo à proteção constitucional de que goza o trabalhador.

No terceiro capítulo, iremos atentar na natureza da responsabilidade civil pós-contratual. Ora, quer na fase anterior ao contrato, quer na fase posterior, o direito apresenta-se-nos meio que “adormecido”, porquanto não disciplina tais relações da mesma forma, e com a mesma ênfase, com que as regula na vigência do contrato. Na senda, têm sobrevivendo teses em defesa de uma nova categoria de responsabilidade civil, que surgirá em casos de concurso, ou em situações cujo circunstancialismo não se reconduz a nenhuma das responsabilidades-tipo. Tem-se falado, a este propósito, de uma “terceira via” na responsabilidade civil. Por conseguinte, importará conhecer da natureza da responsabilidade civil pós-contratual, pois que a solução que se acolher terá naturais influências no regime aplicável.

Em seguida, não nos demitiremos de tecer, ainda que sumariamente, algumas considerações em torno da violação dos deveres pós-contratuais nas relações transnacionais.

Por fim, no último capítulo, atentaremos no regime da responsabilidade civil pós-contratual, procedendo ao tratamento de algumas questões particulares suscetíveis de trazerem algumas dificuldades na aplicabilidade do instituto ao caso em concreto.

Dessarte, com o presente trabalho, temos como ensejo dar um contributo ao instituto da responsabilidade civil em geral, com especial enfoque na disciplina das relações entre as partes após a extinção do contrato.

Capítulo I – A responsabilidade civil pós-contratual

1. A fundamentação da *culpa post pactum finitum*

Traçar uma linha suficientemente sólida atinente à *cppf* não é lida simples.

Por um lado, poucos têm sido os juristas a debruçar-se de forma séria sobre o tema⁸, dedicando ao instituto pouco mais de uma página nos seus manuais de direito das obrigações. Por outro, constata-se que os tribunais têm sido pouco solicitados a pronunciar-se acerca da violação de deveres na fase posterior ao contrato.

Pese esse facto, é possível aferir que quer a doutrina, quer a jurisprudência, têm firmado a responsabilidade civil pós-contratual na lei, no recurso à analogia, ou na boa-fé.

Por conseguinte, passaremos a analisar cada uma das possibilidades.

1.1 O recurso à lei

Resulta do art. 265.º, n.º 1, do CC⁹ que a procuração se extingue quando o procurador a ela renuncia, ou quando termina a relação que lhe serviu de base, a menos que seja outra, neste caso, a vontade do representado. Ademais, a procuração poderá ser revogada pelo representado, ainda que haja convenção que estipule o contrário ou renuncie ao direito de revogação (n.º 2 do art. 265.º), exceto se a procuração tiver sido conferida também no interesse do procurador ou de terceiro, caso em que será necessário acordo do interessado – do procurador, ou do terceiro –, a menos que ocorra justa

⁸ Sendo certo, porém, que se denota hoje no Brasil um certo número de trabalhos dedicados à pós-eficácia das obrigações. *Vide*, a título de exemplo, MAURICIO MOTA, *A Pós-Eficácia das Obrigações Revisitada*, *cit.*; do mesmo autor, *A Responsabilidade Civil Pós-Contratual*, disponível em <https://emperiododireito.com.br/leitura/a-responsabilidade-civil-pos-contratual-por-mauricio-mota>, (consultado a 29/07/2019); LISSANDRA DE ÁVILA LOPES, *A Responsabilidade Pós-Contratual no Direito Civil*, disponível em <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/viewFile/6782/pdf> (consultado a 2/07/2019); LEONARDO ERVATTI, *A Pós-Eficácia das Obrigações*, disponível em <https://leovattijusbrasil.com.br/artigos/561686181/a-pos-eficacia-das-obrigacoes> (consultado a 2/07/2019); SAMANTHA FERREIRA MOREIRA/CLÁUDIA RABELO VIEGAS, *A Pós-Eficácia das Obrigações, Sob a Perspectiva do Direito Civil Constitucional*, disponível em <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/y0ii48h0/kvg8f9o7/vZJb800iM5kS9jI7.pdf> (consultado a 2/07/2019); ALEXANDER SEIXAS DA COSTA, *A Incidência da Pós-Eficácia das Obrigações no Direito Contratual*, disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=671f0311e2754fcd> (consultado a 03/07/2019); SUSEN BEZERRA SOUZA, *Responsabilidade Pós-Contratual*, disponível em <https://jus.com.br/artigos/56851/responsabilidade-pos-contratual> (consultado a 03/07/2019); BRENDA DUTRA FRANCO/HUGO FERREIRA NETO, *A Responsabilidade Pós-contratual e o Princípio da Boa Fé Objetiva*, disponível em http://www.google.com/url?sa=t&rtct=i&q=&esrc=s&source=web&cd=13&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjam-Xh5pTmAhWSohQKHYYFCMQ4ChAWMAJ6BAgFEAI&url=http%3A%2F%2Fviannasapiens.com.br%2Frevista%2Farticle%2Fdownload%2F333%2F271%2F&usq=A0vVaw1o_kJZpkWg40IVIHUBJbY9 (consultado a 3/07/2019).

⁹ Doravante, os artigos citados sem indicação da fonte pertencem ao Código Civil, aprovado pelo DL n.º 47344/66, de 25 de novembro.

causa para o efeito (n.º 3 do art. 265.º). No entanto, a lei previne determinadas situações em que terceiros possam estar convictos de que o procurador mantém os poderes atribuídos pelo representado. Dessarte, quer a modificação dos poderes atribuídos ao procurador, quer a revogação, devem ser levados ao conhecimento do terceiro, sob pena de tal modificação ou extinção não lhe ser oponível, exceto se delas tivesse conhecimento aquando da conclusão do negócio (n.º 1 do art. 266.º). Já quanto à hipótese de caducidade ou renúncia (n.º 1 do art. 206.º), é ao terceiro a quem incumbe o ónus da verificação dos poderes (art. 260.º), a menos que desconheça sem culpa a falta destes (n.º 2, art. 266º). Verificam-se, pois, ao nível da consagração legal, efeitos pós-obrigacionais¹⁰.

Mais, quando haja a transmissão de um direito de crédito, o cedente está adstrito, em princípio, à entrega dos documentos atinentes ao crédito, assim como aos respetivos meios probatórios (art. 586.º). Na hipótese deste dever não ser satisfeito aquando da cessão de créditos, o dever mantém-se até que seja cumprido¹¹. Constata-se, aqui, existir pós-eficácia¹².

Uma das possibilidades de caducidade do mandato verifica-se com a morte ou acompanhamento decretado por sentença do mandatário (als. a) e b) do art. 1174.º). Em tal circunstância, aos herdeiros daquele ou ao seu acompanhante, ora às pessoas com quem o mandatário conviva, na hipótese de incapacidade natural, cabe avisar o mandante e de tomar todas as providências, até que o mandante possa atuar (n.ºs 1 e 2 do art. 1176.º). Há, então, pós-eficácia das obrigações¹³.

Dispõe o art. 1788.º que “[o] divórcio dissolve o casamento e tem juridicamente os mesmos efeitos da dissolução por morte, salvas as exceções previstas na lei”. Uma das exceções é a que resulta do art. 1677.º-B, relativamente ao direito ao uso do nome por parte do ex-cônjuge. Em caso de divórcio, mediante consentimento do ex-cônjuge ou autorização do tribunal, pode o interessado manter o apelido do ex-cônjuge. Um outro exemplo de pós-eficácia das obrigações em caso de divórcio tem que ver com a contribuição para os encargos da vida familiar. Ambos os cônjuges devem contribuir, dentro das possibilidades de cada um, para os encargos da vida familiar, podendo ser cumprido mediante afetação dos seus recursos, assim como pelo trabalho despendido no lar, manutenção e educação dos filhos (n.º 1 do art. 1676.º). Todavia, e se por hipótese um dos membros do casal contribuir de forma consideravelmente superior ao previsto na mencionada disposição legal, porque

¹⁰ Igual conclusão retira MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, p. 156; também, *Tratado de Direito Civil, cit.*, vol. IX, p. 176

¹¹ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, p. 157; outrossim, *Tratado de Direito Civil, ibidem*.

¹² MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, ibidem*. Do mesmo autor, *Tratado de Direito Civil, ibidem*.

¹³ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, ibidem*.

renunciou de forma excessiva aos seus interesses pessoais em detrimento da vida conjugal, tendo prejuízos patrimoniais relevantes, esse membro tem o direito de exigir do outro uma compensação, no momento da partilha dos bens do casal, a menos que vigore entre os cônjuges o regime da separação de bens (n.ºs 2 e 3 do art. 1676.º). Ainda, após o divórcio, e em regra, cada cônjuge deve prover ao seu sustento (n.º 1 do art. 2016.º). Não obstante, qualquer dos cônjuges poderá ter direito a alimentos (n.º 2 do referido artigo)¹⁴.

Outro exemplo típico de eficácia pós-obrigacional tem que ver com a cessação do contrato de trabalho¹⁵, independentemente da modalidade. Extinta a relação contratual, o empregador deve proceder à entrega do certificado de trabalho, assim como outros documentos destinados a determinados fins, como seja a Declaração Modelo 5044 da Segurança Social (art. 341.º do CT e art. 43.º do DL n.º 220/2006, de 3 de Novembro). Por sua vez, o trabalhador deverá devolver ao empregador todos os instrumentos de trabalho e quaisquer objetos afetos àquele em virtude da relação laboral (art. 342.º do CT). É certo que a lei ordena que tal dever se verifique imediatamente aquando da cessação do contrato de trabalho. Ainda assim, dever-se-á entender que o dever se mantém até que seja cumprido.

Por fim, embora possamos encontrar outros exemplos, chamemos à colação o regime aplicável ao segredo profissional do advogado. Como é consabido, o dever de guardar segredo profissional encontra-se inerente à função social e de interesse público no exercício da advocacia, no princípio da confiança, no dever de lealdade, que deverá existir na relação Advogado-Cliente, e na dignidade da profissão. Para assegurar este fim, a lei assegura aos advogados as imunidades necessárias a um desempenho livre, independente e eficaz do mandato, nomeadamente o direito à proteção do segredo profissional, assim como à especial proteção das comunicações com o cliente e preservação do sigilo atinente à documentação (art. 13.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto). Assim, encontra-se previsto no EOA¹⁶, no seu art. 92.º, o regime aplicável ao segredo profissional. Pergunta-se: após a extinção da relação advogado-cliente, aquele poderá revelar factos abrangidos pelo sigilo profissional? A resposta é óbvia e encontra apoio na letra da lei. Como resulta do n.º 2 do art. 92.º do EOA “[a] obrigação do segredo profissional existe quer o serviço solicitado ou cometido ao advogado envolva ou não representação judicial ou extrajudicial, quer deva ou não ser remunerado, quer o advogado haja ou não chegado a aceitar e a desempenhar a representação ou serviço, o mesmo acontecendo para todos os

¹⁴ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, ibidem*.

¹⁵ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, p. 158.

¹⁶ Aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro.

advogados que, direta ou indiretamente, tenham qualquer intervenção no serviço”. Por maioria de razão, ainda que a relação advogado-cliente cesse, o segredo profissional mantém-se. Ainda que dúvidas restassem, o Código Deontológico dos Advogados Europeus¹⁷ prevê no seu ponto 2.3.3 que “[a] obrigação de guardar segredo profissional não está limitada no tempo”.

Como conclui Menezes Cordeiro, atentando na pós-eficácia no caso da procuração, no dever do cedente em entregar determinados documentos ao cessionário, assim como nos efeitos pós-divórcio, cada uma destas hipóteses coloca questões próprias, sendo certo que umas derivam de princípios gerais¹⁸, e outras traduzem-se em normas excepcionais^{19/20}.

Na senda, fundamentar a *cppf* na lei seria manifestamente insuficiente, na medida em que, assim sendo, apenas em determinadas situações seria possível o seu recurso, deixando de lado tantos outros estados merecedores de tutela jurídica. Aqui, atentemos no facto de que o legislador, e por conseguinte, a lei, não dispõe da capacidade de tudo prever.

Por outro lado, reconduzir-se-ia o instituto a uma situação de eficácia contemporânea, fruto da nova situação criada com a extinção do vínculo, em detrimento de uma pós-eficácia: “[t]eria, pois de, da c.p.p.f., defender-se um sentido meramente descritivo da conexão existente entre a situação posterior à extinção e os seus antecedentes”²¹. Como adianta Menezes Cordeiro, reconduzir a *cppf* à lei retiraria o seu interesse doutrinal, porquanto o “regime da conexão” seria o que surgisse da lei que estivesse em causa²².

1.2 O recurso à analogia

Ora, não resultando da lei uma norma específica que consagre a *cppf*, e não sendo possível encontrar um preceito legal análogo que possa dar resposta a uma concreta situação onde se verifique a violação de um dever pós-contratual, na medida em que, como se viu, as situações onde a lei prevê a

¹⁷ Deliberação n.º 2577/2007, publicada no Diário da República n.º 249/2007, Série II, de 2007-12-27, que aprovou a tradução para língua portuguesa e o respetivo memorando explicativo, originalmente adotado na sessão plenária do Conseil des Barreaux européens (CCBE) de 28 de outubro de 1988 e subsequentemente alterado nas sessões plenárias do CCBE de 28 de novembro de 1998, de 6 de dezembro de 2002 e de 19 de maio de 2006; Revogou o Regulamento n.º 25/2001, de 22 de novembro.

¹⁸ Como seja a hipótese da procuração, onde o autor considera tratar-se de um caso típico de tutela da confiança, com base na aparência (MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, cit.*, vol. IX, p. 177).

¹⁹ Caso paradigmático é o mandato (MENEZES CORDEIRO, *ibidem*).

²⁰ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, p. 158

²¹ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, ibidem*.

²² MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, p. 159.

pós-eficácia têm que ver ora com a proteção da tutela da confiança, ora traduzem-se em situações excepcionais e específicas, a *cppf* poderá ser tentada por via da analogia *iuris*. Naturalmente, atendendo às relações *especiais* estabelecidas entre as partes, a integração da lacuna da lei deverá fazer-se por analogia *iuris*, ou seja, atentando no espírito do sistema. Por conseguinte, será de afastar o preceito do n.º 1 do art. 10.º, por não se considerar existir caso análogo, encontrando-se afastada a hipótese de recurso à analogia *legis*.

Com efeito, sob a epígrafe “[i]ntegração de lacunas”, dispõe o n.º 3 do art. 10.º que “[n]a falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”.

A analogia *iuris* comporta uma operação mental donde, partindo duma pluralidade de normas jurídicas, o intérprete cria, através da ilação, um princípio geral de direito que depois, por dedução, aplicará ao caso em concreto²³. Existindo uma lacuna onde não se afigure possível o recurso à analogia – *legis* –, o nosso Código Civil determina que a integração se faça “segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”.

Ora, a norma comporta, a este propósito, duas questões que importará, ainda que sinteticamente, referir. Primeiramente importa saber como o intérprete, *maxime* o juiz, se deve comportar no papel de legislador. A norma manda atentar no “espírito do sistema”. Como vem sendo entendido, esta referência importa uma limitação clara à liberdade do intérprete e impede a existência de uma interpretação arbitrária²⁴. O espírito do sistema terá que ver, pois, com os princípios gerais do direito que comandarão o intérprete na sua função de preencher o caso lacunoso. Por outro lado, a norma *ad hoc* esgota-se no caso em concreto, não vinculando os demais ou outros intérpretes²⁵.

Poder-se-á, nesse sentido, fundamentar a *cppf* com recurso à analogia? Ainda que defensável, parece-nos que tal hipótese seria redutora. Por um lado, e como se viu *supra*, a consagração legal de uma pós-eficácia das obrigações verifica-se em determinadas situações, concretas e justificáveis, perante as relações jurídicas ditas *especiais* entre as partes. Com efeito, não é possível, a partir destas, retirar um princípio que dê à *cppf* um sentido generalizador, requisito necessário da analogia *iuris*²⁶. Por

²³ A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.º ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 356

²⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 7.ª ed. rev., Coimbra, Almedina, 1993, p. 462 e sgts.; também, MARCELO REBELO DE SOUSA/SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4.º ed. rev. e aum., Lisboa, Europa-América, 1998, p. 71-72.

²⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, cit., p. 466; BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 203 e 204.

²⁶ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, *ibidem*.

outro lado, e esgotando-se a norma *ad hoc* no caso em concreto, a sua fundamentação ficaria cingida a este ou àquele julgado, tendo meramente carácter residual, desvirtuando o instituto da *cppf* que se quer, por relevante, generalizado.

Vem também sendo desenhada, por recurso à analogia, a consagração da *cppf* derivada da *culpa in contrahendo*. E porque não? Se existem deveres pré-contratuais entre as partes antes da celebração de um contrato, justifica-se que haja deveres depois de cessado o vínculo contratual.

Para Menezes Cordeiro, esta hipótese, aliás tal como o recurso à analogia *iuris*, é pouco convincente. Entende o autor, e bem nos parece, que a “analogia directa a partir da c.i.c” tem peso retórico tão-só ao nível de linguagem, entendendo não existir qualquer analogia, antes sim simetria²⁷. Para o autor, é desigual a posição das partes antes de contratar, tendo todas as possibilidades de se prejudicarem mutuamente, e depois de extinto o contrato, onde os ex-contratantes prosseguem as suas vidas no espaço jurídico²⁸.

1.3 O recurso à boa-fé

O recurso à boa-fé como forma de justificar a existência de uma consagração jurídica da *cppf* vem sendo a que mais colhe simpatia quer na doutrina, quer na jurisprudência.

A fundamentação da *cppf* com recurso à boa-fé pode ser tentada por duas vias. Por um lado, poder-se-á atentar tão-somente na boa-fé e, desta sorte, fazer-lhe uma aplicabilidade directa ao instituto. Por outro lado, pode partir-se da boa-fé e ensaiar uma concretização específica quanto à violação de certos deveres derivados da boa-fé.

No capítulo dedicado ao cumprimento e não cumprimento das obrigações, surge no nosso CC uma disposição donde resulta o princípio geral da boa-fé. Com efeito, dispõe o n.º 2 do art. 762.º que “[n]o cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé”. Ora, perante esta cláusula geral, poder-se-ia considerar que, e sem mais, após a extinção da obrigação principal, as partes continuariam obrigadas a “por acção ou omissão, velar pela não frustração do escopo prosseguido pelo contrato, com a concomitante não provocação de danos na

²⁷ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, cit., p. 159 e 160.

²⁸ MENEZES CORDEIRO, *ibidem*. Todavia, não deixa o autor de realçar que é possível ser feita uma aproximação entre a *culpa in contrahendo* e a *culpa post pactum finitum* através do chamado “dever unitário de protecção”. Do mesmo autor, *Tratado de Direito Civil*, cit., vol. IX, pp. 178 e 179.

esfera do outro ex-contrante”²⁹. Destarte, partir-se-ia diretamente da boa-fé para justificar o instituto da *culpa post pactum finitum*. Mohnem considera insuficiente o fácil recurso à boa-fé como forma de justificar a *cppf*³⁰. Por seu turno, Moos considera que a boa-fé, aplicada sem mais, constitui um nevoeiro³¹. Como chega à conclusão Menezes Cordeiro, a entender-se como sério o recurso à boa-fé, sempre será necessária a sua concretização, como forma de justificar a *cppf*³².

Na nossa doutrina, há quem entenda que a responsabilidade pós-contratual encontra o seu fundamento na integração do negócio jurídico, tal como o estabelecido no art. 239.^o³³. Almeida Costa também reconhece que a fundamentação do instituto poderá ser tentada pela via da vontade hipotética ou conjectural das partes (art. 239.^o), pese embora chegue à conclusão que o princípio da boa-fé, previsto no art. 762.^o, n.^o 2, só por si, assegura um amplo suporte à *cppf*³⁴. Por outro lado, Antunes Varela considera, embora sem fazer referência a qualquer disposição legal³⁵, que os deveres acessórios e de conduta, derivados da boa-fé, podem perdurar para além da extinção da relação contratual³⁶.

A *cppf* consistirá, assim, na responsabilização das partes pelos danos causados, extinto o vínculo contratual, na sequência de comportamentos que lhes estariam interditos por força do princípio da boa-fé³⁷. O princípio da boa-fé impõe, naturalmente, que após o cumprimento, o devedor não retire ou reduza os benefícios que o cumprimento proporcionou ao credor³⁸. Pode dizer-se que a *cppf* assenta nos deveres ditos acessórios, sendo que estes sobrevivem da boa-fé e das suas concretizações, da função social dos contratos e do equilíbrio contratual³⁹.

De entre os ditos deveres acessórios, derivados da boa-fé, e que veem servindo de fundamento à *cppf*, têm emergindo essencialmente três princípios: o princípio da confiança, o princípio da lealdade e o princípio da proteção⁴⁰.

²⁹ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, p. 167

³⁰ *Apud.* MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, p. 168

³¹ *Apud.* MENEZES CORDEIRO, *ibidem*.

³² MENEZES CORDEIRO, *ibidem*. Do mesmo autor, *Tratado de Direito Civil, cit.*, vol. IX, p. 187.

³³ MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, Atlântida, 1970, p. 355; RUI DE ALARCÃO, *Direito das obrigações*, Coimbra, João Abrantes, 1983, p. 54.

³⁴ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed. rev. e act., Coimbra, Almedina, 2009, p. 359. No mesmo sentido, *vide* MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 8.^a ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 363.

³⁵ Parece-nos que, timidamente, tenta a analogia partindo da *cic*.

³⁶ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.^a ed., ver. e act., Coimbra, Almedina, 2000, p. 127 (Nota) e *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7.^a ed., rev. e act., Coimbra, Almedina, 1997, p. 278 (Nota).

³⁷ MENEZES LEITÃO *Direito das Obrigações, cit.*, p. 362.

³⁸ MENEZES LEITÃO, *ibidem*.

³⁹ MAURICIO MOTA, *A Responsabilidade Civil Pós-Contratual*, disponível em <https://emporiadodireito.com.br/leitura/a-responsabilidade-civil-pos-contratual-por-mauricio-mota>, (consultado a 29/07/2019). *Vide*, ainda, do mesmo autor, *A Pós-Eficácia das Obrigações Revisitada, cit.*, p. 235. No mesmo sentido, LISSANDRA DE ÁVILA LOPES, *A Responsabilidade Pós-Contratual no Direito Civil*, p. 74, disponível em <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/viewFile/6782/pdf> (consultado a 2/07/2019).

⁴⁰ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, p. 168.

Com efeito, e por forma a perceber se é crível fundamentar a *cppf* no princípio geral da boa-fé, que adiantamos, desde já, assim nos parece, torna-se desejável, e *inclusive* necessário, proceder à sua materialização, o que se fará no capítulo seguinte.

2. As figuras afins

Aqui chegados, importa aferir o âmbito da figura em análise, procedendo à sua delimitação.

Nem todas as manifestações de pós-eficácia das obrigações, em sentido amplo, se reconduzem ao instituto da *culpa post pactum finitum*. Nesse sentido, vislumbra-se útil aludir aos *grupos* em que se podem e devem reconduzir as várias manifestações da pós-eficácia. São elas: a pós-eficácia aparente, a pós-eficácia virtual e a eficácia continuada.

2.1 A pós-eficácia aparente

No grupo tendente a esta figura, encontramos a pós-eficácia que deriva expressamente da lei. Por conseguinte, o direito atribui ao desaparecimento de certas obrigações a constituição de deveres a que as partes ficam adstritas⁴¹. Com efeito, não se trata propriamente de pós-eficácia, antes sim de eficácia atual derivada do próprio facto extintivo, enquanto constitutivo de uma nova realidade jurídica⁴².

Portanto, estamos perante pós-eficácia aparente quando a lei comina, na caducidade do mandato por morte do mandatário, a obrigatoriedade dos herdeiros avisarem o mandante e de tomarem as devidas providências até que este possa atuar (n.ºs 1 e 2 do art. 1176.º). Na mesma medida, constata-se a pós-eficácia aparente na hipótese de alimentos entre os ex-cônjuges (n.º 2 do art. 2016.º).

⁴¹ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, cit. p. 177

⁴² MENEZES CORDEIRO, *Ibidem; Tratado de Direito Civil*, cit., vol. IX, p. 194 e 195. Outrossim, MAURÍCIO MOTA, *A Pós-Eficácia das Obrigações Revisitada*, cit., p. 230.

2.2 A pós-eficácia virtual

A pós-eficácia virtual surge quando, ao lado da obrigação principal, emergem deveres secundários cujo devedor deverá observar aquando da extinção da obrigação. É o caso do trabalhador que, aquando do fim da relação laboral, deverá devolver ao empregador todos os instrumentos de trabalho e quaisquer objetos afetos àquele em virtude da relação laboral (art. 342.º do CT). Ora, o devedor encontra-se adstrito a estes deveres logo no berço da relação, sendo certo que apenas cumprirá, por natureza, aquando da cessação do vínculo. Nestas hipóteses, “[a] extinção em causa não é a extinção integral da obrigação mas, tão-somente, a da prestação principal”⁴³. Temos, entre outros, como pós-eficácia virtual, a obrigação do locatário restituir a coisa locada findo o contrato (al. i) do art. 1038.º). Diante disto, ainda que o propósito do contrato tenha sido cumprido, sobrevivem deveres a que as partes se encontram adstritas. Estes deveres não têm como facto constitutivo a extinção da relação, como acontece na pós-eficácia aparente, antes a própria obrigação⁴⁴ que prevê, desde e em virtude de, o cumprimento dos deveres secundários.

2.3 Entre a eficácia continuada e a pós-eficácia das obrigações em sentido estrito

Aqui chegados, importa atentar na distinção que vem sendo levada a cabo na doutrina da *cppf* entre a eficácia continuada e a pós-eficácia das obrigações em sentido estrito.

A eficácia continuada não compreende a constituição de novos deveres ligados à extinção da obrigação, nem de uma manifestação de deveres já previstos desde e em virtude do vínculo que, por natureza, se verificam após a extinção da obrigação. Tomando como reflexão a ideia de obrigação em sentido amplo⁴⁵, verificar-se-á eficácia continuada quando, após a extinção da obrigação *stricto sensu*⁴⁶, se mantêm todos os demais elementos, obviamente já vigentes durante a relação jurídica.

⁴³ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, p. 178; *Tratado de Direito Civil, cit.*, vol. IX, p. 195.

⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, ibidem*.

⁴⁵ Por ora, e quanto ao conceito, tenhamos como presente, para estes efeitos, porquanto desenvolveremos um pouco o tema *infra*, a obrigação complexa como a soma do dever principal, deveres secundários e deveres acessórios e de conduta.

⁴⁶ Dever de prestar principal.

A pós-eficácia das obrigações tem o seu âmago nos deveres acessórios^{47/48/49}. Estes, por sua vez, descendem do princípio geral da boa-fé. Uma vez extinta a prestação principal, poderão persistir, em determinadas circunstâncias, estes deveres. Destarte, a figura da *cppf* distancia-se da pós-eficácia aparente e da pós-eficácia virtual, porquanto não advém de qualquer disposição legal expressa, nem tão-pouco se reconduz à figura de prestação secundária, totalmente dependente e intimamente ligada à prestação principal.

No ordenamento jurídico português, por força do art. 762.º, n.º 2, o devedor deverá cumprir a obrigação conforme comanda o princípio geral da boa-fé e o credor, em homenagem ao mesmíssimo princípio, não deverá agravar injustificadamente a posição do devedor. Isto significa que as partes se encontram adstritas aos princípios da proteção, lealdade e confiança. Estes deveres ditos acessórios não se encontram plasmados em nenhuma norma legal específica⁵⁰, resultando tão-só, e suficientemente, do comando geral da norma jurídica mencionada, não sendo lícito às partes deles dispor. Os deveres acessórios, onde se reúnem os princípios da lealdade, proteção e confiança – que, desde logo, podem consistir na observação pelas partes de deveres de informação, sigilo, prudência e lisura – ladeiam a prestação principal e prestações secundárias. Justifica-se que esses deveres se mantenham após a extinção do vínculo? Assim é. Como salienta Menezes Cordeiro, se, após a extinção do contrato, mas em virtude das circunstâncias por ele criado, se mantiverem ou surgirem condições que, na sua vigência, fundamentaram a constituição de deveres acessórios, eles mantêm-se⁵¹. Na vigência do contrato, estes deveres poderão, ou não, encontrar-se, mais ou menos, dependentes da obrigação principal. Não obstante, entende Menezes Cordeiro que, com a extinção do vínculo, estes deveres ganham a sua autossuficiência, tornando-se, nas suas palavras, verdadeiras obrigações legais independentes⁵². Em suma, na autonomia, cuja emancipação será conseguida com a extinção do contrato, e não no momento da sua manifestação, encontrar-se-á a verdadeira distinção dos deveres pós-eficazes *strito sensu*⁵³. Dessarte, para Menezes Cordeiro⁵⁴, a verdadeira pós-eficácia das obrigações e, por conseguinte, o instituto da *culpa post pactum finitum*, vê o seu reduto na pós-eficácia em sentido restrito.

⁴⁷ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, cit., p. 181; MAURÍCIO MOTA, *A Pós-Eficácia das Obrigações Revisitada*, cit., p. 235; LISSANDRA DE ÁVILA LOPES, *A Responsabilidade Pós-Contratual no Direito Civil*, cit., p. 48.

⁴⁸ A expressão “deveres acessórios” é utilizada por nós de forma descomprometida, na medida em que, como veremos, a doutrina diverge quanto à sua terminologia.

⁴⁹ PINTO OLIVEIRA, *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, p. 69, explica que os deveres acessórios têm uma função instrumental relativamente aos deveres principais, “[c]ontribuindo para preparar e para realizar os actos de cumprimento ou execução” daqueles outros.

⁵⁰ Ainda que, pontualmente, a lei a eles se refira.

⁵¹ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, *ibidem*.

⁵² MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, cit., p. 182

⁵³ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, *ibidem*.

⁵⁴ Acompanha o mesmo entendimento MAURÍCIO MOTA, *A Pós-Eficácia das Obrigações Revisitada*, cit., p. 235 e sgts.

Pelo *supra* exposto, uma conclusão pode ser retirada *ab initio*: a pós-eficácia aparente e a pós-eficácia virtual não se enquadram, nem se confundem, com o instituto da *cppf*. No entanto, poderá não ser retirada a mesma conclusão, de forma imediata, quanto ao facto da *cppf* não consubstanciar uma manifestação de eficácia continuada. Por forma a explicarmos o porquê, afigura-se-nos premente uma análise ao princípio da boa-fé, à teoria da relação jurídica e à doutrina dos deveres acessórios, o que se levará a cabo no capítulo seguinte.

3. O negativismo atinente à *cppf*: breves referências

Como nos dá nota Menezes Cordeiro, as decisões judiciais onde inicialmente se suscitou a questão da pós-eficácia das obrigações, pese embora tenham sido aplaudidas, não o foram pelo reconhecimento expresso de pós-eficácia, antes sim por traduzirem uma justa composição do litígio⁵⁵.

Relativamente ao caso das vistas, em anotação, Larenz não lhe reconhece a existência de uma pós-eficácia propriamente dita. Segundo ele, o dever de proteção em causa – na sua concretização, a manutenção das vistas – deriva do contrato e não cessa com a conclusão das prestações principais. Nesse sentido, não haveria que se falar de “pós-eficácia”, mas sim de eficácia continuada⁵⁶.

Posteriormente, esta ideia veio a ser desenvolvida por Ramm. Para o autor, os efeitos derivados do fim do contrato não derivam da boa-fé (§ 242 do BGB), mas sim do próprio contrato. Nestes termos, o autor é da opinião de que o dever do cedente de omitir qualquer comportamento que, após a extinção do vínculo, pudesse colocar em causa a posição do cessionário, consubstancia-se num dever *ex contractu*, e não na boa-fé. Há, por isso, eficácia continuada e não pós-eficácia⁵⁷.

De outra sorte, Mohnen opera uma distinção entre pós-eficácia e eficácia continuada. Estar-se-ia perante eficácia continuada quando os deveres em causa tivessem uma relação estreita com o contrato, ou seja, quando se fundassem no próprio contrato. Por seu turno, quando o dever derivasse de uma qualquer previsão posterior ao contrato, estar-se-ia perante a figura de pós-eficácia^{58/59}.

⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, p. 169. Do mesmo autor, *Tratado de Direito Civil, cit.*, vol. IX, p. 187.

⁵⁶ *Apud.* MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, p. 170; *Tratado de Direito Civil, cit.*, vol. IX, pp. 187 e 188.

⁵⁷ *Apud.* MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, ibidem*; *Tratado de Direito Civil, cit.*, vol. IX, pp. 188 e 189.

⁵⁸ *Apud.* MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, p. 171.

⁵⁹ Para uma análise mais detalhada acerca das teses negativistas *vide* MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, pp. 169-174.

Apesar de tudo o que se disse, as teses negativistas não se reconduzem, na verdade, a uma negação da existência do fenómeno, como constata Menezes Cordeiro⁶⁰. No entanto, o abismo terminológico sobre o que seria “eficácia continuada” acabou por resultar em que toda e qualquer manifestação de pós-eficácia fosse reconduzida ao fenómeno da eficácia continuada.

Não obstante, e como se tentou demonstrar, a verdadeira *cppf* distancia-se da figura da pós-eficácia aparente e da pós-eficácia virtual, sendo que, também estas, não se confundem com a eficácia continuada. No mais, é bastante dúbio, como se verá, que a recondução dos deveres de consideração⁶¹ a escrito, que devam ser observados na fase posterior à extinção do vínculo – a título de exemplo, a existência de um pacto de não concorrência – possam ser considerados como fenómeno de *cppf*. Na verdade, na redução a escrito de deveres ditos de conduta, as partes elevam estes deveres à categoria dos deveres de prestar, pelo que, não há verdadeiramente pós-eficácia. Há, pois, uma nova relação jurídica, com verdadeiros deveres de prestar, derivados de um anterior contrato que cessou.

⁶⁰ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, cit., p. 169.

⁶¹ A expressão “deveres de consideração” que, de quando em vez, adotamos, foi retirada de CARNEIRO DA FRADA, *Os Deveres (ditos) “Acessórios” e o Arrendamento*, cit., p. 271.

Capítulo II – O princípio da boa-fé

1. Generalidades

A boa-fé, no nosso ordenamento jurídico - aliás, como em tantos outros⁶² -, assume-se como bússola norteadora das relações jurídico-privadas. Na verdade, este comando geral vislumbra-se necessário à convivência regular da vida em sociedade⁶³. No mais, a sua utilidade reside no fundamento último do Direito: a justiça⁶⁴.

Outrossim, o princípio da boa-fé não se encontra previsto de forma generalizada, antes encontrando-se positivado em normas dispersas, como *infra* se aludirá⁶⁵.

Antes de prosseguirmos, torna-se imprescindível fazer uma distinção entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva.

Em termos genéricos, a boa-fé subjetiva tem que ver com o estado de consciência do agente⁶⁶, traduzido na ignorância de lesar direitos de terceiros⁶⁷. Vejamos dois exemplos. Dispõe o art. 243.º, n.º 1, sob a epígrafe “[i]nponibilidade da simulação a terceiro de boa-fé”, que a nulidade derivada da simulação não pode ser arguida pelo simulador contra terceiro de boa-fé, acrescentando o seu n.º 2 que a boa-fé consiste na ignorância da simulação ao tempo em que foram constituídos os respetivos direitos. Ora, o terceiro encontra-se, assim, num *estado* ou *situação* de boa-fé⁶⁸ [itálico nosso]. Um outro exemplo de escola é o que resulta do art. 1260.º, n.º 1, atinente à posse de boa-fé: “[a] posse diz-se de boa-fé, quando o possuidor ignorava, ao adquiri-la, que lesava o direito de outrem”.

Na senda, ressalta à ideia uma função bipartida do princípio em sentido subjetivo: por um lado, recompensa-se a boa-fé, dando-se “ao titular de boa-fé uma vantagem que pelos princípios gerais não

⁶² Concretizando, nos países de sistema romano-germânico, pese embora também se mostre presente nos sistemas de *common law*. Vide, a título de exemplo, nos Estados Unidos da América, na secção 1-203 do Código Comercial Uniforme: “[c]ada contrato ou obrigação objeto da presente lei impõe uma obrigação de boa-fé no adimplemento ou na execução do contrato”; aliás, do próprio diploma resulta uma definição de boa-fé (secção 1-201 do diploma): “[b]oa-fé significa honestidade, de facto, na conduta ou transação em causa”.

⁶³ JORDI GARCIA VINA, *La Buena Fe en el Contrato de Trabajo*, Madrid, Consejo Economico y Social, 2001, p. 27.

⁶⁴ PEDRO MACHETE, *O Princípio da Boa-Fé*, disponível em www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/PMachete10.pdf (consultado em 15/11/2018).

⁶⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. III Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 77

⁶⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, cit. p. 178

⁶⁷ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., vol. I, p. 55

⁶⁸ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 120

teria”; por outro, penaliza-se a má-fé, sendo o seu titular tratado de forma desfavorável em face dos princípios gerais^{69/70}.

Por seu turno, a boa-fé objetiva é entendida como “princípio norteador da conduta das partes, um padrão objectivo de comportamento”⁷¹, consubstanciado em regra de conduta⁷².

Quanto à boa-fé objetiva, é possível verificar no CC várias disposições que a consagram. Destarte, “[q]uem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte” (art. 227.º, n.º 1); “[n]a falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada em harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando outra seja a solução por eles imposta” (art. 239.º); e ainda, “[n]o cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé” (art. 762.º, n.º 2). Conclui-se, pois, que neste grupo, a obrigação, *conforme a boa-fé*, tem como objetivo a adoção de uma conduta em benefício de outrem⁷³ [itálico nosso].

A boa-fé (objetiva) permite ao aplicador do direito, ou *inclusive* às próprias partes, aferir do critério de comportamento que a lei, dada a sua generalidade e impossibilidade de prever todas e quaisquer situações, não pôde concretizar⁷⁴, traduzindo-se no “grande ventilador da ordem jurídica”⁷⁵.

Por outro lado, a boa-fé consubstanciar-se-á em regras impostas do exterior, devendo as partes observá-las na atividade inerente ao vínculo obrigacional, servindo de complemento ao regime legal das obrigações, através de uma valoração a levar a cabo pelo julgador⁷⁶. O contraente agirá de, e em boa-fé, quando atua como “atmosfera” necessária ao desenvolvimento regular da relação jurídica⁷⁷.

Por conseguinte, esta cláusula geral não poderá resultar num recetáculo vazio de conteúdo. Aqui, dever-se-á atender ao critério valorativo, concretizado, nas palavras de Larenz “nos princípios

⁶⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, cit., p.179

⁷⁰ No que à boa-fé em sentido subjetivo diz respeito, há entre nós quem utilize a terminologia de boa-fé em *sentido ético* e em *sentido psicológico*, como seja CASTRO MENDES, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. III, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 1979, p. 410. Para uma análise crítica desta terminologia *vide* CUNHA DE SA, *Abuso do Direito*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 171

⁷¹ RUI DE ALARCÃO, cit., p. 108

⁷² MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., vol. I, p. 56

⁷³ MENEZES LEITÃO, *ibidem*.

⁷⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, cit., p.181.

⁷⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, cit., p.183.

⁷⁶ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, (*Allgemeiner Teil*), 14.ª ed., München, C. H. Beck, 1987, p. 126.

⁷⁷ ALFREDO MONTOYA MELGAR, *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 46.

gerais da ordem jurídica, no sentimento jurídico e nas opiniões sobre a lealdade do povo ou dos grupos interessados (...) e (concretizadas) na jurisprudência contínua”⁷⁸.

Dessarte, a boa-fé em sentido objetivo apresenta-se como uma cláusula geral de evidente relevância, trazendo à ideia uma clara justiça substancial, em detrimento do formalismo, permitindo uma relação equilibrada entre as partes envolvidas⁷⁹. Nas palavras de Eva Sónia Moreira, “[t]rata-se de um conceito elástico, a determinar, muitas vezes, em face do caso concreto, implicando, para tal, a mediação concretizadora da aplicação do direito, aplicação onde a actuação do juiz vai ganhando cada vez mais valor, em detrimento de um direito rígido e inoperante”⁸⁰.

As condutas, segundo a boa-fé, pautar-se-ão pela adoção de comportamentos honestos, leais, e probos entre as partes, assim como traduzir-se-ão na abstenção de comportamentos que, de alguma forma, acarretem prejuízos na esfera jurídica do credor do comportamento segundo a boa-fé. Como ensina Almeida Costa, este conceito impõe “um comportamento que envolve aspectos activos e omissivos”⁸¹. Neste sentido, o dever de agir conforme a boa-fé implica não só a adoção de deveres de atuação, mas também a omissão de comportamentos que colidam com os procederes que a boa-fé tende a salvaguardar.

Como se antevê, quando chamamos à colação a responsabilidade civil pós-contratual, e na medida em que a mesma resulta do n.º 2 do art. 762.º, referimo-nos à boa-fé em sentido objetivo, enquanto princípio geral de direito.

Não obstante, e antes de concretizarmos o instituto da *culpa post pactum finitum* nos ditames da boa-fé, atentemos na disposição do princípio, ainda que genericamente, ao nível do direito comparado.

A boa-fé não constitui um conceito novo, encontrando-se presente, de um modo geral, nos diversos sistemas jurídicos.

Pese embora a boa-fé remonte à época romana⁸² – *fides* – foi no direito alemão que o conceito veio a ser largamente desenvolvido.

⁷⁸ KARL LARENZ, *Ibidem*.

⁷⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, cit., p. 182.

⁸⁰ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade Pré-Contratual Por Violação Dos Deveres de Informação*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 40.

⁸¹ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 122.

⁸² Ainda que o dever de agir com lealdade, probidade e honestidade sejam corolários do direito natural.

Publicado nos finais do século XIX, o BGB prevê, no seu § 242 que “[o] devedor encontra-se adstrito a realizar a prestação conforme o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”. Esta mesma orientação é imposta, outrossim, na interpretação dos contratos. Sob a epígrafe “[i]nterpretação dos contratos”, o § 157 dispõe que “[o]s contratos devem ser interpretados conforme o exija a boa-fé, em consideração pelos costumes do tráfico”.

Como se sabe, o BGB apresenta-se como fonte de inspiração para os diversos sistemas jurídicos, com especial ênfase nos sistemas jurídicos romano-germânicos, como são os casos do português, espanhol e italiano. Dessarte, não é de estranhar a redação quase literal dos artigos em certas matérias.

Por conseguinte, no direito italiano, a boa-fé é utilizada como forma de valoração do comportamento das partes, quer na formação, quer na sua execução dos contratos. Com efeito, determina o art. 1337.º do Código Civil Italiano que “[a]s partes, quer na preparação como na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé”. Um pouco mais adiante, lê-se: “[o] contrato deve ser interpretado segundo a boa-fé” (art. 1366.º do Código Civil Italiano). Por outro lado, resulta do art. 1375.º que “[o] contrato deve ser executado segundo a boa-fé”. Da execução do contrato é possível aferir ainda uma disposição – preliminar - donde resulta que “[o] devedor e o credor devem comportar-se segundo as regras de correção” (art. 1175.º do Código Civil Italiano).

No ordenamento jurídico espanhol, a referência à boa-fé surge logo no capítulo atinente à eficácia geral das normas jurídicas. Deste modo, dispõe o art. 7.º do Código Civil Espanhol que “[o]s direitos devem ser exercidos conforme as exigências da boa-fé”. No entanto, e como afloramento da boa-fé, *inclusive* sendo chamado à colação como princípio geral do direito, aplicável analogicamente a todos os setores da vida jurídica⁸³, determina o art. 1258.º do Código Civil Espanhol que “[o]s contratos formam-se por mero consentimento, obrigando, não apenas ao seu cumprimento, mas também a todas as consequências que deles advenham que, de acordo com a sua natureza, sejam conformes a boa-fé, os usos e a lei”.

No sistema jurídico francês, a boa-fé teve o seu acolhimento no início do século XIX, no Código de Napoleão. Lia-se no art. 1.134.º, al. 3.ª, que “[a]s convenções legalmente celebradas devem ser executadas de boa-fé”. Não obstante, a boa-fé não teve um impacto significativo em França. Por um lado, a escola de exegese não lhe deu expressividade, na medida em que, tratando-se de um conceito

⁸³Apud. CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, p. 83

indeterminado, necessitaria sempre da interpretação do intérprete para a sua aplicabilidade, colocando o arbítrio em detrimento do formalismo legalista, o que, para aqueles, não seria aceitável. Por outro lado, este princípio também não logrou obter simpatia na Jurisprudência⁸⁴.

No direito brasileiro, o princípio geral da boa-fé não teve, inicialmente, tratamento na área do direito civil em geral. Com efeito, o Código Civil de 1916 não dispunha sobre a boa-fé enquanto princípio geral de direito, existindo apenas uma norma - art. 1443.º -, atinente aos contratos de seguro, donde resultava que o segurador e o segurado estavam “obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé”. No entanto, o princípio da boa-fé objetiva foi objeto de acolhimento no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mormente nos seus art. 4.º, III e 51.º, IV. Vovidos cerca de 12 anos desde a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil Brasileiro de 2002 consagrou o princípio no seu art. 422.º: “[o]s contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”. Porém, o diploma colhe o princípio em outros artigos, como seja o art. 113.º, atinente à interpretação dos negócios jurídicos e o art. 187.º inerente à qualificação do ato ilícito.

2. A relação jurídica complexa

A relação jurídica, *lato sensu*, traduz toda a situação ou relação da vida social que se mostre juridicamente relevante⁸⁵, existente entre sujeitos determinados⁸⁶. Não têm estas, pois, que coexistir de forma autónoma e independente umas das outras, podendo dar origem a relações jurídicas variadas⁸⁷.

Vem sendo comum a doutrina distinguir entre relação jurídica simples e relação jurídica complexa. Assim, será simples a relação jurídica composta meramente por um direito e um dever, e complexa a relação jurídica que tem por objeto um conjunto de direitos e deveres⁸⁸.

Ora, em virtude do instituto em análise, importa atentar precisamente na relação obrigacional enquanto organismo de natureza complexa. No âmbito deste corpo complexo, a doutrina vem

⁸⁴ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 267

⁸⁵ HEINRICH EWALD Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português*, reimp., Coimbra, Almedina, 2000, p. 159.

⁸⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, cit., p. 45.

⁸⁷ CASTRO MENDES, *Direito Civil – Teoria Geral*, cit., p. 112.

⁸⁸ Assim nos diz, por exemplo, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed. act., Coimbra, Coimbra Editora, 1988, p. 178.

apontando a presença de deveres de prestação principal, deveres de prestação secundários e deveres acessórios.

2.1 Os deveres principais, os deveres secundários e os deveres laterais.

Uma destrição da figura da obrigação complexa, que parece ser hoje esmagadoramente maioritária, permite concluir pela existência de deveres de prestação primários e secundários (*Leistungspflichten*), e, de outra sorte, de deveres laterais (*Nebenleistungspflichten*)⁸⁹.

Ora, o nosso ramo do direito das obrigações constrói, no essencial, a relação obrigacional com base nos direitos principais que verão o seu sinalagma nos correspondentes deveres principais⁹⁰. Os *deveres principais* ou *primários de prestação* constituem, na formulação de Rui de Alarcão, “o elemento fundamental da obrigação em ordem à realização do seu fim”⁹¹. Estes deveres serão aqueles que, tratando-se de um contrato, definirão o tipo de contrato em causa. Com efeito, no contrato de compra e venda, surge como *dever principal* do vendedor a entrega da coisa, e para o comprador o *dever principal* de pagar o respetivo preço.

Ao lado destes, ocorrem os *deveres secundários* que podem subdividir-se em *deveres acessórios de prestação* - como seja, o dever a cargo do vendedor de transportar a coisa vendida para um certo local - e *deveres secundários substitutivos ou complementadores* - como seja, o dever de indemnizar na hipótese de incumprimento. Assim, os primeiros estarão numa relação de acessoriedade com a prestação principal, e os segundos encontrar-se-ão numa relação de complementaridade ou de substituição em face do dever principal⁹².

Dispõe o art. 397.º que “[o]brigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”. Da definição de obrigação dada pela lei é possível aferir que a mesma se refere aos deveres principais e secundários⁹³ da relação obrigacional,

⁸⁹ A relação jurídica complexa poderá comportar, ademais, direitos potestativos, ónus, estados de sujeição, exceções e expectativas jurídicas.

⁹⁰ RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1990, p. 122. Na mesma senda, CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, FDUC, 1994, p. 38.

⁹¹ RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, cit., p. 65.

⁹² Assim, CARNEIRO DA FRADA, *ibidem*. O autor designa de deveres secundários apenas os que se encontram numa situação de complementaridade com a prestação principal, na medida em que surgem, tão-só, quando haja alguma perturbação com o dever principal. No mesmo sentido, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 8. Em sentido contrário, designando de secundários, também, os deveres acessórios de prestação, CARLOS MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, reimp., Coimbra, Almedina, 1982, p. 336.

⁹³ A doutrina associa a definição legal ao conceito de obrigação em sentido restrito.

sendo certo que a maioria das disposições legais inerentes ao ramo de direito das obrigações dizem respeito precisamente àqueles.

Não obstante, certo é que o interesse do credor não se esgota necessariamente na verificação destes deveres. Com efeito, constata-se uma outra espécie que, pese embora não se encontrem voltados para o mero cumprimento dos deveres de prestar, são substanciais para o eficaz funcionamento do vínculo obrigacional. Chamando à colação a definição de Larenz, estes deveres encerram a necessidade de levar em conta os interesses da contraparte e de adotar o comportamento que se espera de um parceiro honesto e leal⁹⁴. A estes, a doutrina vem designando de deveres acessórios, laterais ou de conduta ou deveres de consideração. No essencial, estes deveres fundamentam-se na boa-fé.

Na medida em que o instituto da *culpa post pactum finitum* constitui uma relação entre determinados sujeitos sem deveres primários de prestar, importa atentar precisamente nesta terceira espécie.

2.2 Os deveres laterais em especial: a sua função

Na feliz expressão de Carneiro da Frada, os deveres laterais, acessórios ou de conduta “são por natureza rebeldes a qualquer enumeração ou descrição definitiva”⁹⁵. A doutrina não é unânime quanto à sua terminologia. Assim, enquanto Larenz utiliza a expressão “demais deveres de conduta”⁹⁶, Esser/Schmidt preferem designá-los de “deveres laterais”⁹⁷. Entre nós, outrossim, a terminologia diverge. Antunes Varela opta pela designação de “deveres acessórios de conduta”⁹⁸, Mota Pinto utiliza a expressão “deveres laterais”⁹⁹ e Menezes Cordeiro “deveres acessórios”^{100/101}.

Tendencialmente, vêm sendo apontados aos deveres laterais uma dupla função. Por um lado, poderão ter como objetivo preservar as posições e interesses jurídicos de ambos os sujeitos de quaisquer danos, pessoais ou patrimoniais, que possam advir de ações ou preterições de algum deles,

⁹⁴ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 9.

⁹⁵ CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, cit., p. 40

⁹⁶ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 10

⁹⁷ ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, vol. I, (*Allgemeiner Teilband*), 2.ª parte, 7.ª Ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1993, p. 69 e sgts.

⁹⁸ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., vol. I, p. 118.

⁹⁹ CARLOS MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, cit., p. 348. No mesmo sentido, CARNEIRO DA FRADA, *ibidem*.

¹⁰⁰ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, cit., p. 604. A utilizar a mesma terminologia vide PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 403 e sgts.

¹⁰¹ Usaremos ambas as expressões, ao longo do texto, sem qualquer tipo de comprometimento em face da terminologia.

em virtude das suas posições favorecidas, mercê do vínculo obrigacional estabelecido. Por outro, poderão salvaguardar o interesse do credor na prestação. Dessarte, os primeiros têm uma finalidade negativa, ao passo que os segundos visam uma finalidade positiva¹⁰².

A doutrina tem efetuado uma tripartição destes deveres. Nestes termos, os deveres laterais consistiriam em deveres de proteção, informação e lealdade¹⁰³. No entanto, e como refere Carneiro da Frada, esta tripartição pugna-se por meramente descritiva, bastando pensar que, não raras vezes, os deveres de informação e lealdade têm como objetivo salvaguardar os deveres de proteção¹⁰⁴. Com efeito, esta tripartição apresenta-se meramente como dogma, não carreando grandes efeitos práticos.

Como se adiantou, estes deveres fundamentam-se na boa-fé (n.º 2 do art. 762.º). A jurisprudência não tem fugido a este entendimento. Assim, e a título de exemplo, o Ac. do STJ, de 08/09/2009, no proc. n.º 456/09.6YFLSB (relator: Urbano Dias), do qual se entendeu que a sociedade comercial, ao montar os pneus, previamente vendidos por um fabricante, violou o dever lateral de proteção ao não ter feito caso das características daqueles¹⁰⁵. Ainda, o Ac. do STJ, de 07/12/2010, no proc. n.º 984/07.8TVLSB.P1.S1 (relator: Silva Salazar), donde resultou que, celebrado um contrato de prestação de serviços – ensino, educação e instrução – entre a Universidade e um aluno, aquela violou os deveres laterais de vigilância e controle das atividades de praxe dentro do recinto da Universidade, ao não ter cuidado dos interesses do aluno, vindo este a falecer em virtude das atividades praxistas agressivas¹⁰⁶.

O reconhecimento que vem sendo efetuado, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência destes deveres acarreta consigo uma estreita ligação com o contrato. Discute-se, a este propósito, se estes deveres têm natureza contratual ou delitual. Não releva para este trabalho fazer uma exposição fastidiosa desta questão, pelo que procederemos a uma síntese¹⁰⁷.

Relativamente à primeira hipótese, importará fazer uma afirmação: nada obsta a que as partes incluam, na celebração do contrato, a cargo de uma parte, o dever de agir desta ou daquela maneira, com o objetivo de salvaguardar determinadas conveniências ou vantagens. A ser assim, “assiste-se então ao estabelecimento da obrigação de abstenção de certos comportamentos considerados

¹⁰² CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Proteção*, cit., p.41.

¹⁰³ ASSIM, MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, cit., p. 604 e sgts.

¹⁰⁴ CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Proteção*, cit., p. 42.

¹⁰⁵ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4530e1fc6f4d20bd8025762b004d20d0?OpenDocument> (consultado a 5/08/2019).

¹⁰⁶ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5161ae84ee6b2a94802578100044bd9a?OpenDocument> (consultado a 5/08/2019).

¹⁰⁷ Para uma análise precisa e elaborada desta questão vide CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Proteção*, cit., p. 55 e sgts.

especialmente perigosos, ou de adoção de certas providências ou cuidados com vista a minorar a probabilidade dos prejuízos”¹⁰⁸. No entanto, a assim ser, parece-nos, na esteira de Larenz, que deixam estes deveres de ser considerados laterais, para prosseguir o caminho e regime dos deveres de prestar¹⁰⁹. Não há dúvidas de que, em homenagem à autonomia privada, as partes podem inserir no corpo contratual a previsão de certos deveres, por forma a evitar lesões na sua esfera pessoal ou patrimonial. Tais deveres terão “o estatuto de deveres de prestar, embora o mais das vezes subordinados em relação aos deveres principais”¹¹⁰. Acontece, porém, que os deveres laterais não necessitam de incorporar o contrato, já que resultam da “realidade de facto” ou do “contacto social”¹¹¹ que a própria relação contratual implica. Por outro lado, verdade é que não é pelos deveres laterais que se atribui este ou aquele bem, antes sim pelos deveres de prestar. Igualmente, não nos parece que os deveres laterais, na falta de estipulação pelas partes, devam ser integrados de *harmonia com a vontade hipotética das partes* (art. 239.º)¹¹². A integração do negócio não tem em vista estabelecer deveres laterais. Somente visa a concretização, pela complementaridade, dos deveres de prestação que se encontram enxertados no contrato, conforme “a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis”. Estará em causa, pois, averiguar do conteúdo contratual e já não de estabelecer deveres de conduta entre as partes¹¹³.

Aliás, na esmagadora maioria das vezes, os deveres laterais não são suscetíveis de serem determinados *ex ante*¹¹⁴. Dependem de um conjunto de circunstâncias e, por via delas, aí sim, se concretizam. Pelo contrário, os deveres de prestar, salvo raras exceções – como seja, a alteração das circunstâncias (art. 437.º) - encontram-se determinados *ex ante*, e assim se mantêm, inalterados¹¹⁵. Conclui-se que a funcionalidade dos deveres laterais transcende o plano da autonomia privada ou, melhor dizendo, da vontade das partes, pelo que não são, propriamente, de natureza contratual.

Afastados que estão, em rigor, dos compromissos/previsões das partes¹¹⁶, poder-se-á indagar da natureza delitual dos deveres laterais. Um pensamento imediato remeter-nos-á para uma aproximação relativamente clara entre os deveres laterais – *maxime* os deveres de proteção – e os

¹⁰⁸ CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, cit., p.57.

¹⁰⁹ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 11 e segts. Igualmente, CARNEIRO DA FRADA, *ibidem*.

¹¹⁰ CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, cit., p. 61

¹¹¹ CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, cit., p. 249 e segts.

¹¹² CARNEIRO DA FRADA, *Os Deveres (ditos) “Acessórios” e o Arrendamento*, p. 273, disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bd785b4f1-80eb-4b99-a33a-b654a218724e%7D.pdf> (consultado a 12/02/2019).

¹¹³ Também CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, cit., pp. 82 e 83.

¹¹⁴ Além de CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, cit., p. 81, também MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, cit., p. 346 e segts.

¹¹⁵ CARNEIRO DA FRADA, *Os Deveres (ditos) “Acessórios” e o Arrendamento*, cit., p. 274.

¹¹⁶ Assim nos diz CARNEIRO DA FRADA, *Os Deveres (ditos) “Acessórios” e o Arrendamento*, cit., p. 273.

deveres de tráfego¹¹⁷. Aliás, em determinados casos, poder-se-á constatar efetivos concursos¹¹⁸. Há uma atendível vizinhança entre os deveres de conduta e os deveres delituais. Pese esse facto, verdade é que os deveres laterais têm um distinto fundamento, e encontram-se em estreita relação ou conexão com o contrato. Os deveres delituais visam, no essencial, a proteção de direitos absolutos, como sejam o direito da propriedade e os direitos de personalidade. Denotam-se, por isso, essenciais à ordem social. Porém, “os deveres de protecção distinguem-se das normas de conduta que conferem uma protecção delitual geral da propriedade e da pessoa por visarem uma defesa da integridade *individualizada* no âmbito de uma relação social limitada e particularizada como é o contrato”¹¹⁹. Atente-se ao facto de, em certas circunstâncias, os deveres laterais, mormente os de protecção, ultrapassarem claramente os deveres delituais: imagine-se que a marca *A*, com o objetivo de apresentar a *B* as características de um veículo, lhe proporciona uma experiência de condução por um determinado período de tempo¹²⁰. Ora, há claramente uma aproximação das partes, que não o mero contacto social indiferenciado, que justifica a autonomização de deveres de conduta.

Dessarte, os deveres laterais não se nos apresentam como deveres contratuais, nem como deveres de natureza delitual. O seu plano é outro. Distingue-se uma independência relativa em face do acordo das partes, mas não se justificam por uma qualquer necessidade de ordenação da convivência humana – como acontece nos deveres delituais – antes sim da aproximação das partes. Daí que se reconheça a existência, por exemplo, destes deveres na fase anterior à celebração do contrato, que, quando violados, originam a *culpa in contrahendo* (art. 227.º), assim como após a extinção do vínculo contratual, que, quando corrompidos, darão origem à *culpa post pactum finitum*. Ademais, estes deveres, dado a sua autonomia, não serão influenciados por quaisquer vícios formais ou materiais do contrato¹²¹. A fundamentação destes deveres assenta, como se deixou claro, na boa-fé e a sua natureza será quase-negocial ou quase-delitual.

Incumprido um dever acessório, haverá, pois, cumprimento defeituoso do contrato (art. 789.º), discutindo-se, por exemplo, a possibilidade de recorrer à ação judicial de cumprimento (art. 817.º)¹²². Por outro lado, a violação do dever lateral poderá acarretar a obrigação de indemnizar, sendo certo

¹¹⁷ Os deveres de tráfego impõem que o sujeito afaste um possível risco ou evite um determinado perigo. Assim nos ensina, entre outros, CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 74.

¹¹⁸ Sobre a temática vide TEIXEIRA DE SOUSA, *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação – Estudo Sobre a Dogmática da Pretensão e do Conceito de Pretensões*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 313 e sgts.

¹¹⁹ CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, cit., p. 168

¹²⁰ CARNEIRO DA FRADA, *Os Deveres (ditos) “Acessórios” e o Arrendamento*, cit., p. 276.

¹²¹ Relativamente à especial importância no campo dos deveres de protecção, MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, cit., p. 416 e sgts. Também CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, cit., p. 97. Do mesmo autor, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 432 e sgts.

¹²² Para uma análise desta questão vide PINTO OLIVEIRA, *Direito das Obrigações*, cit., vol. I, pp. 77 e sgts.

que, em determinados casos, poderá dar azo à resolução¹²³, por inexigibilidade ética e também jurídica da subsistência do contrato¹²⁴.

Da mesma sorte, poderá ser invocada a exceção de não cumprimento do contrato (art. 428.º), em determinadas circunstâncias. Assim, *A*, arrendatário, invoca a exceção de não cumprimento do contrato, recusando-se a proceder à liquidação das rendas, porquanto *B*, senhorio, não procede à realização de obras no locado. Ora, a exceção de não cumprimento implica correlatividade das prestações. No caso ilustrado, a prestação do pagamento das rendas pelo *A* vê o seu sinalagma no dever do *B* em assegurar o gozo do locado. A realização de obras por parte do senhorio constitui um dever lateral do contrato de arrendamento¹²⁵. Assim, *A* pretende paralisar a sua prestação – principal – com fundamento na violação de um dever – lateral – por parte de *B*. Em princípio, a paralisação do dever de *A* não será lícita, por falta de correlatividade das prestações, à qual se somaria, necessariamente, a desproporcionalidade. Só assim não será se, por falta de obras, o *A* não puder habitar o local. Nesta situação, aí sim, justifica-se o recurso à exceção de não cumprimento, na medida em que, a violação do dever por parte de *B* tem *reflexo* nítido na sua prestação principal. Pela violação clara de um dever lateral, *B* viola, reflexamente, a obrigação – principal, insiste-se – a que se encontra adstrito. Dessarte, o dever lateral em análise tem como objetivo assegurar a prestação principal do *B*. A este propósito tem vindo a entender a Jurisprudência¹²⁶. Já será mais difícil, porém, sustentar a paralisação de um dever lateral, com fundamento na violação de um outro dever lateral, na medida em que os deveres laterais não se encontram correlacionados com os demais.

Posto isto, parece-nos prudente voltar à questão que deixamos suspensa *supra*. Assim, e relativamente ao instituto em análise, importa saber se, efetivamente, a *cppf* se reconduz à figura da eficácia continuada ou se poderá ser enquadrada na figura que vem sendo desenhada da pós-eficácia em sentido próprio.

Para o efeito, chamemos à colação a teoria do “dever de proteção unitário”.

Segundo Jhering e seus apóstolos, poderia resultar para as partes, antes de celebrado um contrato, o dever de observação de determinados deveres com o objetivo de evitar que aquelas

¹²³ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., Vol. I, p. 127.

¹²⁴ CARNEIRO DA FRADA, *Os Deveres (ditos) “Acessórios” e o Arrendamento*, cit., p. 277.

¹²⁵ Assim se lê, entre outros, no Ac. do TRE, de 29/01/2009, no proc. n.º 2890/08-3 (relator Fernando Bento), disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/9d5ebee7445b97b180257de100574f3b?OpenDocument> (consultado a 06/08/2019).

¹²⁶ Vide, a título de exemplo, o Ac. do TRG, de 03/03/2016, no proc. n.º 328/14.2T8VCT.G1 (relator: Jorge Seabra), disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/E8D3619B85F6EE9680257F8500506E9F> (consultado a 06/08/2019).

sofressem danos nas suas esferas pessoais e patrimoniais. Com efeito, o simples contacto estabelecido entre as partes, com vista à celebração de um contrato – independentemente de aquele vir, ou não, a ser celebrado – levaria à criação de determinados deveres a que as partes se encontrariam adstritas. Não existindo ainda contrato, é certo poder afirmar-se que não têm, pois, fundamento contratual. Antes assentariam numa natureza legal.

Por seu turno, e devemos-lo a H. Stoll, este autor constatou que, na vigência de um contrato, além do interesse à prestação, existiria, outrossim, um interesse de proteção, em vista à salvaguarda da integridade pessoal e patrimonial das partes¹²⁷. No seguimento, estes deveres, relacionados com a boa-fé, teriam natureza contratual, e quando violados, integrariam o conceito de violação positiva do contrato¹²⁸.

Ora, na hipótese atinente à culpa na formação dos contratos, os deveres em causa teriam, assim, natureza legal. Por outro lado, na violação positiva do contrato, estariam em causa deveres de natureza contratual.

A natureza dos deveres em ambas as hipóteses acabou por acarretar as suas dificuldades na Alemanha, mormente no que à responsabilidade civil do representante diz respeito. Com efeito, nos termos gerais, o representado responde pelos atos praticados pelo representante. No entanto, aplicar este princípio geral à culpa na formação dos contratos levaria a uma solução pouco equilibrada. Nestes termos, a Jurisprudência admitiu a responsabilidade pessoal do representante, quando tivesse um interesse direto no negócio. Todavia, e na medida em que no âmbito da violação positiva do contrato estar-se-ia perante deveres de natureza contratual, ficaria vedado o recurso ao regime da culpa na formação dos contratos, respondendo tão-só o representado¹²⁹.

Com o objetivo de ultrapassar esta problemática, Canaris formulou a teoria do “dever de proteção unitário”: o dever de proteção, fundamentado na boa-fé, vincula as partes desde o momento das negociações preliminares e acompanha toda a vigência do contrato, sem que ocorra modificação do fundamento e da sua natureza. Este dever de proteção unitário seria, também, evidenciado, ainda que houvesse contrato nulo¹³⁰. Dessarte, os deveres de proteção não necessitam de ter especial relação

¹²⁷ *Apud.* MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, p. 189.

¹²⁸ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, p. 190.

¹²⁹ *Vide* MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, p.p. 190 e 191.

¹³⁰ MENEZES CORDEIRO, *ibidem*.

com o contrato, falando-se, assim, nas hipóteses da *culpa in contrahendo* e da *culpa post pactum finitum* numa *relação obrigacional sem deveres primários de prestação*¹³¹.

Uma ponderação da teoria do dever de proteção, a ser defensável, tem influência direta na *cpcf*, segundo Menezes Cordeiro¹³². Para este autor, não se justificaria, ao nível do direito português, uma qualquer conceção unitária dos deveres de proteção, porquanto o nosso art. 483.º, n.º 1, já atenta na violação do direito de outrem (sem qualquer distinção) ou de qualquer disposição destinada a proteger interesses alheios¹³³, ao contrário do que se vislumbra na Alemanha, onde a responsabilidade delitual resulta de somente três cláusulas gerais, presentes no § 823 e 826 do BGB, que não dão resposta a toda e qualquer lesão de bens jurídicos. Assim, o lesante responde por violação de um direito de personalidade, real ou semelhante, pela violação de normas de proteção e pela provocação dolosa de danos atentando contra os bons costumes. Ora, qualquer outro bem tutelado que não caiba no âmbito do § 823 do BGB, é reconduzido ao § 276 do mesmo diploma legal – o devedor responde pelo incumprimento doloso ou negligente. Por outro lado, no regime jurídico alemão, o comitente responde pelos atos dos comissários somente se tiver atuado com *culpa in eligendo* ou *culpa in vigilando* (§ 831, I, do BGB), sendo certo que, por sua vez, o devedor responde pelos atos dos auxiliares e representantes legais (§ 278 do mesmo diploma). Quanto à responsabilidade aquiliana, já se viu que o nosso sistema é mais abrangente. No que à responsabilidade por auxiliares diz respeito, também se vislumbra dissemelhança. O devedor responde pelos danos causados, tal como decorre do n.º 1 do art. 800.º, sendo que o agente também responderá (art. 500.º). Com efeito, para Menezes Cordeiro, não se justificaria qualquer visão unitária dos deveres de proteção, pelo que a *cpcf* veria o seu “reduto seguríssimo” na pós-eficácia *strito sensu*¹³⁴. No mais, o autor sustentava que os deveres laterais não se esgotavam nos deveres de proteção, pelo que a teoria do dever de proteção, a proceder, não englobaria os restantes¹³⁵.

Pois bem. Como se explicitou, os deveres de que falamos vinculam as partes desde os contactos preliminares, percorrem em linha horizontal a vigência do contrato e sobrevivem, quando assim se justifique, à cessação daquele. Todavia, não ocorrem modificações ao nível da sua fundamentação – pois que resultam diretamente do princípio da boa-fé – nem divergem na sua

¹³¹ CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, cit., p. 101. O autor esclarece, ademais, que o termo “legal” exprime um confronto com a fonte contratual e que o termo “obrigacional” advém do conceito de obrigação em sentido amplo (*vide* notas de rodapé n.º 196 e 197).

¹³² MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, cit., p. 192.

¹³³ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, cit., p. 188 a 195.

¹³⁴ Acontece, porém, que o autor reviu a sua posição, aderindo hoje a uma proteção unitária dos deveres de proteção, no seu *Tratado de Direito Civil*, cit., vol. IX, p. 209.

¹³⁵ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de direito Civil*, cit., p. 192

natureza - situam-se num plano quase-contratual ou quase-delitual. Com efeito, o seu conteúdo pode ser diverso, dependendo da fase em que se manifestam, mas a essência é a mesma. Daí que seja atendível, e até mesmo preferível, a visão unitária, ainda que alargada, em certa medida, a todos os deveres laterais.

Nestes termos, os deveres laterais, a sobreviverem ao fim do vínculo obrigacional, e defendendo-se, como nós o fazemos, uma visão unitária – onde definitivo releva o seu fundamento e a sua essência, e não o conteúdo – poderão traduzir uma ocorrência de eficácia continuada e já não uma pós-eficácia em sentido estrito. Ainda que a teoria unitária do dever de proteção faleça, o que se admite aqui por mero dever de raciocínio, a independência e autonomia dos deveres de consideração relativamente à prestação principal poderão permitir, por si só, ajuizar de uma ocorrência continuada. Ora, para Menezes Cordeiro, os deveres laterais, na vigência da obrigação em sentido estrito, não possuem autonomia, circunscrevendo-se no conteúdo da obrigação, adquirindo apenas a sua independência com a extinção da obrigação¹³⁶. Daí que, para o autor, o traço distintivo dos deveres na pós-eficácia em sentido próprio resida na autonomia que adquirem com o fim da prestação principal¹³⁷.

Contudo, defendendo nós que os deveres laterais já possuem autonomia própria na vigência de um contrato, em face ao dever de prestar, não se reconduzindo àqueloutros deveres *específicos* – deveres de prestação - que se encontram na disponibilidade das partes – ainda que, com eles, possam ter uma relação - e, ademais, vinculam as partes desde o momento das negociações antecedentes à celebração do contrato, acompanhando aquele durante a sua vigência e sobrevivendo-lhes quando assim se justifique, não se dando uma qualquer transformação quanto ao seu fundamento e natureza, poderá não se reconduzir a *cppf* a uma pós-eficácia em sentido próprio, traduzindo-se, tão-só, numa manifestação de eficácia continuada.

Na verdade, os deveres de que falamos dispõem de uma *eficácia ambulatória*. São deveres, pois, variáveis, destinados a moverem-se e a moldarem-se na relação jurídica. No plano da concretização, estes deveres possuem um carácter inconstante. Na *cppf* o dever lateral ganha forma, concretiza-se, torna-se exigível na fase posterior ao contrato. No entanto, não resulta de uma qualquer

¹³⁶ MENEZES CORDEIRO *Estudos de direito Civil, cit.*, p. 182. Do mesmo autor, *Tratado de Direito Civil, cit.*, vol. IX, p. 199.

¹³⁷ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, ibidem*; também, *Tratado de Direito Civil, cit.*, vol. IX, p. 200. No mesmo sentido, MAURÍCIO MOTA, *A Pós-eficácia das Obrigações Revisitada, cit.*, p. 235 e sgts. Este autor, no entanto, entende que, uma vez extinta a obrigação principal, não há que falar em deveres para com a contraparte, antes sim em lealdade para com o resultado que se obteve com o contrato (pp. 236 e 237). Acontece, porém, que a *cppf* não tem apenas como função garantir que as partes não prejudiquem o fim do contrato, como se viu.

constituição de novos deveres, nem de uma manifestação de deveres já previstos na fase contratual que, por natureza, se encontravam “suspensos”, tornando-se exigíveis com a cessação do vínculo.

Aceitar a figura da pós-eficácia em sentido próprio poderá ser pouco útil, e relevar, tão-só, do ponto de vista dogmático, com o objetivo de distanciar a figura da *cppf* da pós-eficácia aparente e da pós-eficácia virtual.

Porém, não poderemos deixar de ser sensíveis a um argumento. Dá-se a eficácia continuada quando, após a extinção dos deveres de prestar, se mantêm todos os demais elementos, quer os deveres secundários, quer os laterais. Não obstante, a *cppf* circunscreve-se, apenas, ao âmbito dos deveres laterais, acessórios ou de conduta. Na *cppf* cessam os deveres de prestar – principais e secundários – mas, por força das circunstâncias, mantêm-se os deveres de consideração.

A adotar-se a definição de eficácia continuada tal qual é entendida por Menezes Cordeiro, não podemos deixar de nos mostrar sensíveis à figura da pós-eficácia em sentido restrito, e, por conseguinte, à recondução da *cppf* como uma manifestação de pós-eficácia em sentido restrito, pese embora mantenhamos o entendimento de que os deveres laterais já possuem autonomia na vigência do contrato.

3. Para uma determinação do dever pós-contratual: apontamentos gerais

Como refere Menezes Cordeiro, findo o contrato, as antigas partes não ficam imediatamente, entre si, numa situação de meros estranhos¹³⁸. Não obstante, uma vez extinto o contrato, inegável é que as partes voltam a encontrar-se numa situação de liberdade de ação e autonomia. Assim, torna-se necessário estabelecer alguns critérios que permitam ao intérprete – *maxime* o julgador - saber se, no caso em concreto, se mostra ou não exigível a verificação de um determinado comportamento pela outra parte, após a extinção do vínculo contratual.

Em definitivo, dir-se-á que os deveres pós-contratuais reclamam uma concretização. Aliás, já disso necessitam na hipótese de haver violação de um dever lateral na vigência do contrato¹³⁹. Não obstante, ainda se torna mais imprescindível a sua concretização após a extinção do vínculo, porquanto as partes deixam de se encontrar vinculadas por deveres *determinados*, queridos e que resultaram de

¹³⁸ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, cit., p. 169

¹³⁹ CARNEIRO DA FRADA, *Os Deveres (ditos) “Acessórios” e o Arrendamento*, cit., p. 274.

um acordo de vontades. Tanto mais que, na vigência do contrato, a própria lei impõe *ex lege*, e em situações específicas de particular relevo político-social, determinados deveres de consideração às partes. Na fase pós-contratual, a malha terá de ser necessariamente mais fina.

Agora, a concretização do dever pós-contratual não pode ser levada a cabo de forma unilateral. Não pode, pois, uma parte, sem mais, vincular a outra a um determinado dever, por mero capricho, sem ponderar o sacrifício que advirá do seu cumprimento. Por outro lado, a implicação do dever também não deverá ser efetuada de modo arbitrário. Destarte, há que recorrer a fatores de ponderação¹⁴⁰.

Primeiramente, importará aferir da existência ou exigibilidade do dever pós-eficaz em concreto. Nesta sede, importa chamar à colação o entendimento de Mohnen. O autor defende a aplicabilidade das regras da base do negócio, da seguinte forma: atendendo ao facto de que a base do negócio deve ser reconhecível pelas partes, teria o credor do dever, em vista ao seu cumprimento, tornado esta questão imprescindível para contratar se, aquando da conclusão, tivesse conhecimento de que o devedor adotaria aquele determinado comportamento? O que fariam as partes aquando da contratação se tivessem conhecimento do facto?¹⁴¹ Atendendo à formulação do autor, parece resultar a existência de uma lacuna relativa ao dever – pós-eficaz – lateral.

Esta tese veio a ser criticada por Ramm. Este último autor entende que na base do negócio há que atentar às ocorrências incidentais posteriores que poderão alterar os deveres assumidos pelas partes. Pelo contrário, na pós-eficácia – eficácia continuada para Ramm – há que atentar a deveres que não foram claramente adotados pelas partes¹⁴².

Ora, quanto à teoria de Monhen, voltemos a afirmar o que *supra* defendemos. A integração do negócio (art. 239.º) prende-se com um sentido de complementaridade direcionada aos deveres de prestar. Aquele dispositivo não tem como objetivo estabelecer este ou aquele dever. Assim, não possui um carácter constitutivo de um comportamento ou conduta, antes sim de explicitação ou de suplemento em face dos deveres de prestar com vista ao cumprimento eficaz. No mais, e como também se defendeu, os deveres laterais não se encontram na disponibilidade das partes. Como acertadamente realça Menezes Cordeiro, “[n]ão há que perguntar se as partes teriam constituído o

¹⁴⁰ CARNEIRO DA FRADA, *ibidem*.

¹⁴¹ *Apud*. MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, p. 184.

¹⁴² *Apud*. MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil, cit.*, p. 185

dever pós-eficaz, se houvessem previsto a situação”, pois que, a assim ser, ter-se-ia de acrescentar “se elas agissem honestamente”¹⁴³.

Na senda, entende o ilustre tratadista que dever-se-á adotar o critério do *bonus pater familias*¹⁴⁴. Pretende-se, desta forma, aferir se determinada conduta é ou não exigível em face das circunstâncias do caso. Nas suas próprias palavras, haverá que “apurar se, à luz dos critérios de moralidade e colaboração, na consideração das partes, o dever se impõe ou não, depois da extinção do dever principal e tendo em conta o tipo de contrato em causa”¹⁴⁵.

Este entendimento parece ser, efetivamente, o mais ajuizado, pelo que seguramente o subscrevemos¹⁴⁶. Assim, na determinação da exigibilidade do dever, importa recorrer ao critério de aferição da culpa, consagrado no nosso ordenamento no n.º 2 do art. 487.º. Interessa, pois, cotejar se determinado comportamento seria ou não de esperar pela parte, de acordo com aquilo que se aguarda de um bom pai de família. Ou, pelo contrário, se determinado comportamento seria levado a cabo pelo bom pai de família. Quer-se, pois, atentar ao homem de normal diligência, ao homem-padrão.

Não obstante, haverá que atender às *circunstâncias de cada caso*. Esta ponderação requererá, necessariamente, prudência. Não nos esqueçamos, pois, que o vínculo contratual cessou e que as partes regressaram ao livre tráfego negocial, adquirindo independência entre elas. Desta sorte, podem surgir situações em que estejam em causa direitos conflitantes, ou direitos conflitantes com deveres. Acontecerá, por exemplo, se o senhorio se recusar, após a cessação do contrato de arrendamento com um dentista, a fixar informação acerca da nova morada profissional (direito de propriedade *versus* dever de proteção/informação).

As *circunstâncias do caso* apontam para um conteúdo de certo modo indeterminado. Nesse sentido, afigura-se-nos indispensável uma ponderação entre o benefício do dever trazido a uma das partes *versus* o sacrifício que o cumprimento do dever impõe à outra¹⁴⁷. Neste juízo de prognose, faz-se *mister* o princípio da proporcionalidade. Há que encontrar o equilíbrio entre a exigência do dever e as consequências do seu estabelecimento para o sujeito. Aqui, às ex-partes cabe um papel relevante. A elas impõe-se-lhes que afirmem na situação concreta do estabelecimento e do conteúdo do dever. Em

¹⁴³ MENEZES CORDEIRO, *ibidem*.

¹⁴⁴ Também assim, MAURÍCIO MOTA, *A Pós-eficácia das Obrigações Revisitada*, cit., p. 239.

¹⁴⁵ MENEZES CORDEIRO, *ibidem*. Outrossim, MAURÍCIO MOTA, *ibidem*.

¹⁴⁶ Uma ressalva. Entendemos que o tipo de contrato não encerra em si um critério de grande relevância. Parece-nos que os deveres laterais são suscetíveis de se manterem após a extinção do vínculo obrigacional em qualquer tipo de contrato, muito embora admitamos que, nas relações duradouras, a manifestação continuada dos deveres laterais, após a extinção do vínculo, possa ser mais intensa. Entraremos, pois, no campo das *circunstâncias do caso*.

¹⁴⁷ CARNEIRO DA FRADA, *Os Deveres (ditos) “Acessórios” e o Arrendamento*, *ibidem*.

última instância, terá o aplicador do direito, mormente o juiz, que chamar à colação um princípio de concordância prática, ponderando casuisticamente a situação concreta, onde deverão intervir critérios de proporcionalidade, adequação, razoabilidade e integração pessoal das partes¹⁴⁸.

4. A especificidade da relação laboral: a determinação do dever de lealdade após a extinção do contrato de trabalho

A complexidade intrínseca de certas relações jurídicas tem suscitado algum desenvolvimento de interesse na doutrina portuguesa inerente à *cppf*. Assim, e no essencial, discute-se da sobrevivência, ou não, do dever de lealdade do trabalhador para com o empregador após a cessação do contrato de trabalho.

É praticamente indiscutível, julgamos, que a relação de trabalho suscita uma enorme proximidade entre as partes com implicações ao nível dos deveres acessórios. Tendo o contrato de trabalho um carácter *intuitu personae*, a constituição do vínculo laboral tende a basear-se na confiança que o empregador tem, ou espera ter, no trabalhador. Esta relação de confiança acarreta consigo uma necessária intensidade no que aos deveres de consideração diz respeito, mormente na vertente do dever de lealdade. Durante a vigência do contrato de trabalho, este dever acessório não traduz qualquer problemática. Todavia, o mesmo já não se constata com a extinção do vínculo.

Após a cessação do contrato de trabalho, dúvidas não restam de que o trabalhador se encontra numa posição particular que poderá ameaçar, de forma exponencial, o interesse do empregador. Esta ameaça prende-se, evidentemente, com a concorrência que o ex-trabalhador poderá mover contra o antigo empregador. A este propósito, e com o objetivo de proteger o interesse empresarial do empregador, o CT prevê o mecanismo do pacto de não concorrência. Em regra, não é possível ao empregador “prejudicar o exercício da liberdade de trabalho após a cessação do contrato” (n.º 1 do art. 136.º do CT). Estão em causa, pois, direitos fundamentais, como seja o princípio da liberdade de trabalho tutelado no art. 47.º da CRP. Não obstante, e tal como resulta do n.º 2, do referido artigo, “[é] lícita a limitação da atividade do trabalhador durante o período máximo de dois anos subsequente à cessação do contrato de trabalho, nas seguintes condições: a) [c]onstar de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste; b) [t]ratar-se de actividade cujo

¹⁴⁸ CARNEIRO DA FRADA, *ibidem*.

exercício possa prejudicar ao empregador; c) [a]tribuir ao trabalhador, durante o período de limitação da actividade, uma compensação que pode ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a sua formação profissional”. Com efeito, verifica-se que o legislador, através de uma ponderação entre os vários direitos conflitantes, previu a possibilidade de, mediante acordo das partes, e verificados os restantes requisitos do n.º 2 do art. 136.º do CT, ser celebrado um pacto de não concorrência. Esta possibilidade de restrição da liberdade de trabalho, no plano da constitucionalidade, nem sempre foi pacífica¹⁴⁹, sendo certo que a solução apresentada pelo legislador passou no crivo do Tribunal Constitucional¹⁵⁰.

Em conformidade, a lei prevê requisitos de validade do pacto de não concorrência.

Em primeira linha, o pacto de não concorrência, numa exceção à regra geral da liberdade de forma dos contratos (art. 219.º), vê necessária a sua redução a escrito. Verifica-se, pois, que a forma do pacto reveste uma formalidade *ad substantiam*, contrariamente à formalidade *ad probationem*: a inobservância de redução a escrito não pode ser suprida por outro meio de prova, acarretando nulidade do pacto. Ora, percebe-se com facilidade esta exigência. O legislador quis, em suma, que fosse possível aferir, com relativa facilidade, no plano da prova, das regras injuntivas impostas às partes com a celebração do pacto. Um outro requisito do pacto de não concorrência tem que ver com o interesse legítimo por parte do empregador. Exige-se que, em virtude daquela relação laboral em específico, o ex-trabalhador tenha adquirido determinados conhecimentos potencialmente perigosos para o empregador no plano da concorrência¹⁵¹.

¹⁴⁹ RITA CANAS DA SILVA, «O Pacto de Não Concorrência», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 4 (2004), p. 287 a 289: “[d]esde logo, as dúvidas expressas quanto à constitucionalidade do pacto não nos parecem despicientes. A subordinação da liberdade de trabalhar à liberdade económica do empregador, postulada pela assunção de uma obrigação de inactividade pós-contratual – ainda que com contornos limitados – não deixa de merecer reflexão”.

¹⁵⁰ Ac. do TC n.º 256/2007/T, de 14/04/2004, no proc. n.º 674/02: “[a] ponderação de interesses a que o legislador procedeu ao admitir, em termos condicionados, a celebração de pactos de não concorrência também é assinalada por Monteiro Fernandes (ob. cit. e loc. cit.): de um lado, estão os interesses do empregador de ‘evitar que um concorrente venha a utilizar informações, conhecimentos ou recursos (como a clientela) a que o trabalhador teve acesso pela especial posição que detinha na empresa de onde agora parte’ e de ‘evitar o desperdício de meios investidos na qualificação profissional do trabalhador’; mas, por outro, os interesses do trabalhador são tidos em consideração: i) ao exigir-se que a celebração do «pacto» conste de documento escrito, tendo em conta a gravidade do acto; ii) ao condicionar-se a licitude do pacto ao risco efectivo de prejuízos para o empregador, derivados do exercício da actividade do trabalhador para além do momento em que cesse o contrato de trabalho – condição que ‘tem que ser encarada com cautela’, pois ‘o ‘prejuízo’ de que aqui se trata refere-se aos objectivos económicos do ex-empregador, à sua clientela e ao seu volume de negócios’, não estando ‘legitimada a existência de pacto de não concorrência’ naquelas situações em que ‘a saída do trabalhador e a sua passagem para outra empresa pode ter um genérico efeito prejudicial nos interesses do ex-empregador’; iii) ao impor-se que o trabalhador seja economicamente compensado pela limitação de actividade a que se obriga; e iv) ao limitar-se temporalmente esta restrição ao exercício da actividade profissional. Atenta nesta regulamentação legal, a generalidade da doutrina conclui pela não inconstitucionalidade da figura em causa, concluindo Pedro Romano Martinez (ob. cit., p. 604, nota 3) que ‘o pacto de não concorrência, apesar de limitar a liberdade de trabalho, não se pode considerar inconstitucional, porque restringe justificadamente uma liberdade e, além disso, a limitação não é absoluta, pois, atendendo ao disposto no artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil, o trabalhador pode, a todo o tempo, desvincular-se desde que compense os inerentes prejuízos’”. Disponível em https://dre.pt/web/guest/pesquisaavancada//asearch/2868886/details/maximized?search=Pesquisar%2Fen&emissor=Tribunal+Constitucional&print_preview=print-preview&perPage=100&types=JURISPRUDENCIA (consultado a 15/08/2019).

¹⁵¹ A admissibilidade do pacto não abrange toda e qualquer concorrência. Apenas poderá ser abrangida pelo pacto a concorrência não suscetível de ser movida por um qualquer outro sujeito, antes aquela que implica necessariamente a prévia relação laboral.

O pacto está sujeito a limites temporais. Como resulta do n.º 2 do art. 136.º do CT, a limitação da atividade do trabalhador apenas poderá durar dois anos, sem prejuízo da duração de três anos, tratando-se de atividade que implique especial relação de confiança entre as partes ou que, em virtude da relação, o trabalhador tenha tido acesso a informação sensível (n.º 5, do mesmo artigo). Por outro lado, e pese embora não resulte expressamente da lei, tem sido entendido que a validade do pacto implica limitações no plano geográfico¹⁵², pelo que o pacto só será lícito se se limitar ao espaço geográfico necessário a evitar prejuízos ao empregador. Ademais, a admissibilidade do pacto implica o pagamento, por parte do empregador, de uma compensação ao trabalhador. Vem sendo discutida na doutrina a natureza desta compensação. A título de exemplo, Júlio Vieira Gomes defende que “[n]ada parece impedir que a compensação seja composta por prestações em espécie”¹⁵³. Por seu turno, Laura Mota entende que “a natureza da prestação deverá ser eminentemente pecuniária, na medida em que apenas essa permitirá, em princípio, a satisfação das necessidades económico-financeiras do ex-trabalhador vinculado ao dever de não concorrência, bem como da sua família”¹⁵⁴. O momento do pagamento da compensação também tem gerado alguma discussão. Assim, para Júlio Vieira Gomes a lei não exige que a compensação seja liquidada de uma só vez, admitindo a possibilidade de pagamento fracionado¹⁵⁵. Já Laura Mota defende que “perante a finalidade protecionista que consideramos estar na base da exigência legal de onerosidade deste pacto, será de aceitar o aludido pagamento integral do montante compensatório no momento da cessação do contrato de trabalho. [o] mesmo já não será defensável no que respeita ao pagamento integral da compensação apenas a final, pois priva o trabalhador de meios económicos essenciais quando este mais precisa deles e subordina o nascimento da obrigação de compensação à satisfação da prestação (*de non facere*) colocada a cargo do trabalhador”¹⁵⁶. Ainda, e no que à compensação diz respeito, discute-se acerca de um montante mínimo de compensação. Júlio Vieira Gomes pronuncia-se no sentido de que cabe às partes determinar o valor da compensação, não impondo a lei qualquer valor mínimo, sendo que o montante não deverá ser irrisório, sob pena de se defraudar o escopo da lei ao determinar o carácter oneroso do pacto¹⁵⁷. Por fim, um problema que vem sendo levantado nesta sede tem que ver com a possibilidade, ou não, da renúncia ao pacto pelo trabalhador, nos termos do n.º 2 do art. 81.º¹⁵⁸. No entanto, Laura

¹⁵² PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Código de Trabalho Anotado*, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 375.

¹⁵³ JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do trabalho*, vol. I, *Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 616.

¹⁵⁴ LAURA MOTA, *O dever de Lealdade do Trabalhador Após a Cessação do Contrato de Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 118.

¹⁵⁵ JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do trabalho*, cit., pp. 616 e 617.

¹⁵⁶ LAURA MOTA, *O dever de Lealdade do Trabalhador Após a Cessação do Contrato de Trabalho*, cit., p. 123

¹⁵⁷ JÚLIO VIEIRA GOMES, *ibidem*. Comungando do mesmo entendimento, vide LAURA MOTA, *O dever de Lealdade do Trabalhador após a Cessação do Contrato de Trabalho*, cit., p.120 e ainda RITA CANAS DA SILVA, «O Pacto de Não Concorrência», cit., p. 301.

¹⁵⁸ Assim entendeu o Tribunal Constitucional no acórdão *supra* referido.

Mota rejeita esta possibilidade, considerando que a ser admissível a livre renúncia pelo trabalhador, verificar-se-ia o esvaziamento do escopo do pacto de não concorrência¹⁵⁹.

Atendendo aos requisitos de admissibilidade do pacto de não concorrência, são patentes as dificuldades que têm vindo a ser discutidas. Assim, e no que aqui importa, existe, ou não, um dever de lealdade do trabalhador, para com o empregador, após a cessação do contrato de trabalho, quando não tenha sido subscrito pacto de não concorrência? Se sim, com que contornos?

De antemão, importará afirmar que o regime jurídico do pacto de não concorrência, julgamos, é manifestamente insuficiente para dar resposta a toda e qualquer questão que possa vir a surgir no pós-contrato de trabalho¹⁶⁰. Por um lado, da admissibilidade do pacto resultam diversas condicionantes, desde logo o necessário consentimento do trabalhador. Por outro lado, o pacto não cobre todas as concretizações do dever de lealdade, como seja o sigilo. Ressalta nitidamente que a tutela do empregador, em face do circunstancialismo exposto, se encontra francamente enfraquecida e à mercê do ex-trabalhador que, além de poder não consentir na celebração do pacto, goza da liberdade de a ele renunciar.

A este propósito, a doutrina e jurisprudência têm entendido, de uma forma acrítica, que na ausência de pacto de não concorrência, ao trabalhador é lícito desenvolver atividade concorrencial direta com o ex-empregador.

A este propósito, veja-se o decidido pelo Ac. do TRG, de 11/07/2017, no proc. n.º 2555/15.6T8VCT.G1 (relator: Alda Martins)¹⁶¹: “I – [a] pós-eficácia do dever de lealdade e boa-fé para com o empregador, isto é, para além da extinção do contrato de trabalho, não pode ter fundamento diverso do pacto regulado no art. 136.º do Código do Trabalho, sob pena de contradição e incoerência do sistema jurídico, na medida em que ali se estabelecem as restrições, a título excepcional e mediante compensação ao trabalhador, ao princípio da liberdade de trabalho tutelado no art. 47.º da Constituição. II – [a]ssim, cessado o contrato de trabalho, sem que tenha sido outorgado pacto de não concorrência, o trabalhador readquire a plena liberdade de trabalho constitucionalmente garantida, ficando apenas sujeito a restrições comuns a qualquer outro cidadão, designadamente as inerentes à proibição de concorrência desleal, tutelada criminal e civilmente e não já no plano do direito laboral. III

¹⁵⁹ LAURA MOTA, *O dever de Lealdade do Trabalhador Após a Cessação do Contrato de Trabalho*, cit., p. 143 e sgts.

¹⁶⁰ Semelhante conclusão retira JOÃO VICENTE CAMILO, *Liberdade de Trabalho e Concorrência Laboral – Dever de Lealdade Pós-Eficaz?*, p. 69, disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37155/1/ulfd135685_tese.pdf (consultado a 03/04/2019).

¹⁶¹ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/8B644738D416CF3F8025819B0032F31E> (consultado a 15/08/2019).

– [n]ão actua com abuso de direito o ex-trabalhador que exerce actividade profissional concorrente da exercida pelo ex-empregador, se não tiver sido outorgado pacto de não concorrência, pois abusivo seria o ex-empregador beneficiar de vinculação do ex-trabalhador a deveres que substancialmente se reconduzem aos acautelados no art. 136.º do Código do Trabalho sem ocorrer idêntica vinculação por parte dele, ex-empregador, isto é, sem que o mesmo esteja obrigado a pagar a justa contrapartida”.

A doutrina maioritária perfilha o mesmo entendimento. Nesse sentido, Menezes Leitão entende que “o dever de não concorrência não reveste a característica de pós-eficácia, pelo que apenas se mantém enquanto vigora o contrato de trabalho. [a]pós a extinção deste, o trabalhador adquire plena liberdade de fazer concorrência ao empregador, só podendo essa liberdade ser restringida através da celebração de um pacto de não concorrência, que a lei só admite em termos limitados (cfr. art. 136.º)”¹⁶². No mesmo sentido, Pedro Romano Martínez defende que “a proibição de não concorrência só se mantém enquanto a atividade laboral perdurar; cessando a relação de trabalho não subsiste o dever de não concorrência, sendo frequente que o trabalhador, tendo feito cessar o contrato de trabalho, se instale por conta própria com base nos conhecimentos, mormente de clientela, obtidos durante a execução da relação laboral”¹⁶³, indo *inclusive* mais longe ao afirmar que o trabalhador apenas se encontra adstrito ao sigilo na vigência do contrato, a menos que, após a sua cessação, se verifique a existência de uma cláusula de sigilo pós-contratual¹⁶⁴. Partilhando do mesmo entendimento, Júlio Vieira Gomes é da opinião que, uma vez cessado o contrato de trabalho, cessa, outrossim, a obrigação de não concorrência, ficando o trabalhador adstrito, tão-só, à obrigação de não concorrer de forma desleal com o ex-empregador¹⁶⁵.

Daqui é possível retirar, *ab initio*, uma conclusão. Quer a doutrina, quer a jurisprudência têm colocado o limite do dever de lealdade no instrumento do pacto de não concorrência, ou reconduzemo-lo à proibição de concorrência desleal, prevista nos arts. 317.º e 318.º do CPI. Porém, quando se atenta no pacto de não concorrência, o dever de lealdade distancia-se da esfera dos deveres laterais, reconduzindo-se a verdadeiro dever de prestar. Nesse sentido, não se nos afigura uma eficácia continuada do dever lateral de lealdade, nem uma pós-eficácia do dever de lealdade em sentido restrito. Gera-se, antes sim, e em virtude da extinção do contrato de trabalho, um *facto novo*, constitutivo de uma nova realidade, que resulta do acordo dos contraentes, e cujas partes se

¹⁶² MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 239.

¹⁶³ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 511 e 512.

¹⁶⁴ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, *cit.*, p. 515.

¹⁶⁵ JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do trabalho*, *cit.*, p. 534.

encontram adstritas por verdadeiros deveres de prestar. Por outro lado, o instituto da concorrência desleal afigura-se-nos estreito a dois níveis: concretizando, no que à tutela do empregador diz respeito, deixa de fora uma série de possibilidades suscetíveis de potenciar, pela concorrência do ex-trabalhador, danos na esfera do ex-empregador; por um lado, atualmente é líquido que os atos de concorrência desleal apenas serão de observar no âmbito das atividades económicas, e não em toda e qualquer atividade – a título de exemplo, a atividade artística -, pois que “só quando da actividade resulta um valor autónomo é possível verificar-se fenómeno de manifestação e despersonalização de relações económicas que exigem determinados remédios, nomeadamente a repressão da concorrência desleal”¹⁶⁶, por outro, também não se aplica a concorrência desleal às atividades que, embora de cariz económico, detenham o monopólio legal – de direito ou de facto – daquele ato, porquanto um dos pressupostos para a sua aplicabilidade é a existência de um ato de concorrência¹⁶⁷.

Daí que sejamos da opinião que a dita pós-eficácia do dever de lealdade mereça tutela e tratamento diverso, que não o reconduzido ao pacto de não concorrência ou ao instituto da concorrência desleal.

Na senda, vem sendo reconhecido, ainda que minoritariamente, por alguma doutrina, que este dever lateral não se esgota na figura do pacto de não concorrência, nem se confunde com a concorrência desleal. Por conseguinte, Rosário Palma Ramalho é do entendimento de que “o dever de lealdade é também um dever forte, na medida em que se mantém omnipresente durante toda a execução do contrato e persiste mesmo após a respectiva cessação (assim, não é admissível que, após a cessação do contrato de trabalho, o trabalhador revele os segredos de fabrico ou a carteira de clientes do seu antigo empregador a uma empresa concorrente)”¹⁶⁸, concluindo, pois, que o dever de lealdade configura um dever provido da característica da pós-eficácia. No mesmo sentido, Laura Mota entende que a cessação do contrato de trabalho não pode acarretar, sem mais, a desvinculação do trabalhador de todos e quaisquer deveres decorrentes do vínculo contratual em prejuízo dos interesses relevantes do empregador¹⁶⁹.

Dispõe o n.º 1 do art. 47.º do CRP que “[t]odos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse coletivo ou

¹⁶⁶ CARLOS OLAVO, *Propriedade Industrial*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 252.

¹⁶⁷ Este último entendimento não é unânime, na medida em que Carlos Olavo insurge-se contra esta posição (CARLOS OLAVO, *Propriedade Industrial*, cit., p. 246).

¹⁶⁸ ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, 2.ª parte, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 437.

¹⁶⁹ LAURA MOTA, *O dever de Lealdade do Trabalhador Após a Cessação do Contrato de Trabalho*, cit., p. 187.

inerentes à sua própria capacidade”. O direito fundamental em questão tem vários objetivos. Por um lado, impede que alguém seja forçado a exercer determinada profissão e que seja impedido de escolher a profissão que lhe apraz, desde que tenha os necessários requisitos. De outra sorte, assegura o direito de cada sujeito obter os requisitos legalmente exigidos para o exercício da profissão que deseja em condições de igualdade com os demais¹⁷⁰. Pois bem, a liberdade de trabalho apenas poderá ser restringida nos termos do n.º 2 do art. 18.º do mesmo diploma legal.

Um outro preceito constitucional que deverá ser tomado em linha de conta, e que tem servido de base para limitar o dever de lealdade dito pós-contratual à figura do pacto de não concorrência, é o do art. 61.º, n.º 1, da CRP: “[a] iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral”.

Acontece, contudo, que este mesmo preceito constitucional também se aplica ao empregador, ao qual se somará o previsto no art. 80.º da CRP.

Com efeito, existindo vários interesses em jogo, há que sopesar as várias posições, ou melhor dizendo, os vários direitos constitucionalmente consagrados, por forma a constatar-mos da compatibilidade, ou não, do dever de lealdade pós-eficaz com a Constituição. Dizendo de outro modo, verificar se a continuidade do dever de lealdade pós-contratual se esgota, em virtude das barreiras constitucionais, no pacto de não concorrência.

Como defendemos, o pacto de não concorrência revela-se manifestamente insuficiente para fazer face às diversas realidades que o dever de lealdade exige. No mais, é hoje pacífico que os deveres laterais, de entre os quais o dever de lealdade, derivados da boa-fé, se circunscrevem no âmbito do nosso ordenamento jurídico, vendo a sua consagração legal, a nosso ver, no n.º 2 do art. 762.º. Outrossim, sabe-se que a liberdade de trabalho e a liberdade de iniciativa económica permitem a sua restrição aquando da presença de outros valores relevantes. Resta saber, então, se a base legal do art. 762.º, n.º 2, se afigura suficiente para restringir as liberdades em apreciação. Chamemos, então, à colação o n.º 2 do art. 18.º da CRP: “[a] lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Anotando, ensina Jorge Novais que “[o]s direitos constitucionais, todos eles, quando são constitucionalmente consagrados são, por natureza, immanentemente dotados de uma reserva geral de ponderação que tem

¹⁷⁰ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 652 e sgts.

precisamente aquele sentido: independentemente da indiscutível forma e força constitucional que lhes é atribuída, eles podem ter de ceder perante a maior força ou peso que apresentem, no caso concreto, os direitos, bens, princípios ou interesses de sentido contrário que sejam igualmente dignos de protecção jurídica”¹⁷¹.

Partindo desta ideia, e seguindo a linha de raciocínio do Ilustre constitucionalista, a restrição do direito fundamental será efetuada em duas operações. Primeiro, há que indagar da existência de justificação plausível que faça ceder o direito fundamental. Em seguida, importará saber se a restrição respeita os princípios constitucionais¹⁷².

Quanto à primeira operação, parece-nos ser evidente existir justificação bastante para limitar as liberdades de trabalho e iniciativa privada: o facto de o pacto de não concorrência e o instituto da concorrência desleal não acautelarem suficientemente a posição jurídica do empregador, atendendo ao risco de concorrência diferencial existente. Subjaz, pois, uma razão séria para restringir a liberdade do trabalhador¹⁷³.

Resultando plausível a justificação quanto à restrição do direito fundamental, resta partir para a segunda operação. Uma ressalva, a constatação de uma justificação para a existência do dever, só por si, não se mostra suficiente. Aliás, nesta sede, a mera verificação do dever de lealdade pós-eficaz, sem mais, poderia atentar contra os próprios preceitos constitucionais¹⁷⁴. Não se pode fazer tábua-rasa da Constituição, havendo que compatibilizar os vários interesses em jogo.

Partindo para a segunda operação, há que confrontar a restrição levada a cabo pela eficácia pós-contratual do dever de lealdade e o princípio da proibição do excesso¹⁷⁵. Do pensamento de Jorge Novais, que seguimos de perto, retira-se que o princípio da proibição do excesso implica a verificação de três outros princípios, a saber: a idoneidade – exige-se que as medidas restritivas se mostrem aptas à realização do fim visado com a restrição –; a indispensabilidade – exige-se que, de todos os meios idóneos a fazer face ao fim visado com a restrição, dever-se-á acolher os que impliquem menor

¹⁷¹ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 71.

¹⁷² JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, cit., p.84.

¹⁷³ No mesmo sentido, LAURA MOTA, *O dever de Lealdade do Trabalhador Após a Cessação do Contrato de Trabalho*, cit., p. 182 e sgts.: “[n]este contexto, consideramos que as soluções legalmente consagradas, apesar de equilibradas e justas, como vimos anteriormente, não salvaguardam convenientemente os direitos e interesses da entidade empregadora, na medida em que esta, sendo forçada a confiar ao trabalhador informações sensíveis em virtude da relação contratual com este estabelecida, fica totalmente à mercê da vontade e dos interesses daquele após a cessação do vínculo contratual, momento em que recuperará, por regra, a sua total liberdade de trabalho. [é], assim, insuficiente, a nosso ver, a simples submissão dos ex-trabalhadores às regras da concorrência desleal”. Igualmente, JOÃO VICENTE CAMILO, *Liberdade de Trabalho e Concorrência Laboral – Dever de Lealdade Pós-Eficaz*, cit., pp. 54 e 69.

¹⁷⁴ JOÃO VICENTE CAMILO, *Liberdade de Trabalho e Concorrência Laboral – Dever de Lealdade Pós-Eficaz*, cit., p. 68.

¹⁷⁵ JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 161 a 186.

restrição –; e a proporcionalidade em sentido restrito – exige-se que se proceda a uma ponderação entre o fim visado com a restrição e o sacrifício que aquela implica, devendo a medida restritiva ser justa, adequada, razoável e proporcional¹⁷⁶.

A verificação do dever de lealdade na fase posterior ao contrato, enquanto limite à liberdade de trabalho e liberdade de iniciativa privada, parece apta à realização do fim visado. Com efeito, atenta-se na necessidade de salvaguarda do empregador e no contributo que a verificação do dever poderá dar à proteção da sua esfera patrimonial. O segundo princípio exige que, de todos os meios idóneos a responder ao fim visado, o escolhido seja o que menos restringe o direito fundamental. Ora, o pacto de não concorrência não se mostra apto a proteger a esfera patrimonial do empregador, seja porque necessita do consentimento do trabalhador, seja porque ao trabalhador é lícito a ele renunciar. Não há, pois, nenhuma outra medida que permita atingir o mesmo fim. Ademais, e atenta na necessidade de ponderação dos vários interesses em jogo, assim como na necessidade de verificação do princípio da concordância prática, não cremos que a existência do dever de lealdade dito pós-eficaz seja menos restritivo que o pacto de não concorrência¹⁷⁷, *inclusive* porque o pacto de não concorrência, mais ou menos abrangente, acaba por prevenir situações genéricas, determináveis, cuja violação até poderá não se colocar, o que não acontece com o dever de lealdade pós-eficaz, que dependerá sempre de uma avaliação casuística que se afigure adequada, justa e razoável, em face dos vários interesses. Ora, esta última parte remete-nos para o terceiro princípio. O princípio da proporcionalidade em sentido restrito atenta na razoabilidade da restrição. Há que fazer um balanço entre o direito que se restringe – *in casu*, a liberdade de trabalho e a liberdade de iniciativa privada –, e o bem constitucional que justificará a restrição – a tutela do empregador. Dito de outro modo, há que ponderar as vantagens e desvantagens da restrição. No que a esta parte diz respeito, não se diz que o ex-trabalhador está impedido de, cessado o vínculo laboral com o ex-empregador, laborar com um concorrente direto daquele. Igualmente, não se diz que o ex-trabalhador, ao abrigo do dever de lealdade, está impedido de colocar em prática a formação e os conhecimentos obtidos no antigo emprego. Ambas as hipóteses trazem desproporcionais desvantagens ao trabalhador e afetam o núcleo essencial do direito à liberdade de trabalho. Como forma de superação, foi apresentado por Laura Mota um modelo que tem como objetivo compatibilizar ambos os interesses. Assim, e no âmbito da concorrência diferencial, entende a autora que há que fazer distinção entre conhecimentos que vêm integrando a designada “bagagem profissional” – como sejam aqueles que resultem de formação ministrada pelo ex-

¹⁷⁶ JORGE REIS NOVAIS, *ibidem*.

¹⁷⁷ JOÃO VICENTE CAMILO, *Liberdade de Trabalho e Concorrência Laboral – Dever de Lealdade Pós-Eficaz*, cit., pp. 69 e 70.

empregador durante a vigência da relação laboral, relativamente aos quais será lícito, em princípio, e atenta a sua natureza puramente técnica, serem utilizados pelo ex-trabalhador a favor de terceiro –, e os conhecimentos que não caberão neste conceito – como sejam aqueles que resultem do exercício concreto de determinada atividade naquela específica organização empresarial, cuja natureza não reveste carácter técnico (listas de fornecedores, listas de clientes, *know how* específico, entre outros)¹⁷⁸. Relativamente a estes últimos, ao trabalhador não seria lícito deles usufruir, quer em benefício de terceiro, quer em benefício próprio, se: i) do uso advier prejuízo para o empregador diverso daquele que resultaria da simples prestação de trabalho por parte do ex-trabalhador em benefício de terceiro; ii) a informação não for passível de ser obtida legitimamente em qualquer organização daquela área de atividade¹⁷⁹. Ora, esta proposta parece-nos perfeitamente defensável, e certamente que respeita os limites do núcleo essencial dos direitos fundamentais em jogo. Por outro lado, a restrição dos direitos fundamentais obedeceria ao critério da proporcionalidade em sentido restrito. Não obstante, tem a desvantagem de se limitar, na esmagadora maioria dos casos, ao dever de sigilo¹⁸⁰.

No que a esta visão diz respeito, a Jurisprudência, ainda que timidamente, vem demonstrando alguma sensibilidade quanto à necessidade de proteger a tutela do ex-empregador, muito embora o faça de forma exageradamente limitadora. Assim, foi decidido pelo Ac. do TRP, de 16/12/2015, no proc. n.º 1347/15.7T8PNF.P1 (relator: António José Ramos) que “[o] trabalhador está obrigado a manter secretos os segredos relativos à exploração do negócio do seu empresário, durante e depois da extinção do contrato de trabalho. [s]ó em último caso e perante uma justificada exigência da sua profissão habitual, poderá utiliza-los em benefício próprio”¹⁸¹. No mesmo sentido, *vide* o decidido pelo Tribunal da Relação de Guimarães, do seu Acórdão de 30/05/2013, no proc. n.º 4/05.7TBMNC.G1 (relator: Helena Melo): “[n]o âmbito da eficácia pós contrato a protecção tem que ter limites diferentes e menores dos que até então existiam. [f]inda a relação contratual, as partes recuperam a liberdade que se encontrava limitada pelo contrato a que estavam vinculadas e pelos deveres acessórios de conduta dele decorrentes. [c]essado um contrato de trabalho ou de prestação de um determinado serviço, a pós-eficácia do dever de lealdade não impede que o trabalhador/prestador de serviços possa ir trabalhar para uma empresa que exerça a mesma actividade, ou de se estabelecer na mesma área de actividade, sob pena de limitação indevida de direitos individuais como o direito ao trabalho, com a

¹⁷⁸ LAURA MOTA, *O dever de Lealdade do Trabalhador Após a Cessação do Contrato de Trabalho*, cit., p. 180 e sgts.

¹⁷⁹ LAURA MOTA, *O dever de Lealdade do Trabalhador Após a Cessação do Contrato de Trabalho*, cit., p. 190.

¹⁸⁰ JOÃO VICENTE CAMILO, *Liberdade de Trabalho e Concorrência Laboral – Dever de Lealdade Pós-Eficaz*, cit., p. 77.

¹⁸¹ Disponível em <https://blook.pt/caselaw/PT/TRP/494426/> (consultado a 16/08/2019).

liberdade de escolha e de exercício de profissão e de género de trabalho, e à livre iniciativa privada, direitos com consagração constitucional”¹⁸².

Aceitando-se a restrição da liberdade de trabalho e da liberdade de iniciativa privada nos moldes referidos, ressaltando à ideia de que se trata de uma restrição que não é exequível de forma automática, necessária se torna a realização de uma intervenção restritiva, atendendo ao caso em concreto e que será levada a cabo pelo juiz. Também na intervenção restritiva, e na falta de uma norma constitucional que a consagre, entende a doutrina que o juiz deverá observar os princípios da proporcionalidade, a proibição da retroatividade e, no mais, a salvaguarda do conteúdo essencial do direito objeto da intervenção¹⁸³.

Pelo exposto, resulta-nos favorável o que havemos dito acerca da determinação dos deveres laterais ditos pós-contratuais. Na medida em que o contrato cessa, e as partes regressam à sua liberdade de atuação, há que atentar, em qualquer caso, numa ideia de custo/benefício: ponderação entre a exigência do dever, e o sacrifício para o sujeito do seu cumprimento. E, se em determinados casos a constatação do dever, e, por conseguinte, a sua violação, são evidentes, não acarretando grandes problemáticas ao nível da sua determinação e concretização, em outros haverá que ponderar e conciliar os vários interesses em jogo, mormente quando se verifica uma situação em que os direitos de ambos os sujeitos concorrem entre si.

Constatada a existência do dever, necessário se torna saber qual o regime que se lhe aplica. No nosso ordenamento jurídico, resultam expressamente da lei duas vias de responsabilidade civil: a contratual e a extracontratual. Contudo, vem sendo desenhada por alguma doutrina a defesa de uma outra via que se situa entre a responsabilidade civil contratual e a aquiliana. Falamos, pois, da designada “terceira via” da responsabilidade civil. Em conformidade, veremos em seguida qual o regime que melhor se adapta à *cppf*.

¹⁸² Disponível em http://www.dgsi.pt/itrg_nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/4a95b05838d04cf080257b90003bcabb(consultado a 16/08/2019). Este último acórdão, pelo menos relativamente à fundamentação, não é isento de críticas. A responsabilidade civil pós-contratual, ou *cppf*, foi tida em linha de conta de forma acrítica. Foi dado como exemplo de *cppf*, o comportamento do empregador que não fornece ao ex-trabalhador o documento necessário para que este requeira as prestações de desemprego. Ora, como já realçado no capítulo II, esta questão não se reconduz à *cppf*, consubstanciando meramente uma pós-eficácia virtual.

¹⁸³ JORGE GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., 6.ª reimpr., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 1265 e 1266.

Capítulo III – A natureza jurídica da responsabilidade civil pós-contratual

Parece-nos agora pacífico afirmar que quem violar um dever pós-contratual será obrigado a ressarcir o lesado pelo dano causado. Ora, importará saber qual o regime aplicável a este tipo de responsabilidade. Assim é dizer que se torna premente conhecer das normas que serão de aplicar à *cpcf*.

Como deixamos entrever, a natureza da responsabilidade civil pós-contratual, ou dizendo da *cpcf*, pode ser aplicada de três formas. Ou se aplica em bloco o regime da responsabilidade civil contratual, previsto nos arts. 789.º e seguintes, ou pugna-se pela aplicabilidade (também em bloco) do regime previsto para a responsabilidade civil aquiliana, prevista no art. 483.º. Abre-se, ainda, a possibilidade de, atendendo à natureza dos deveres em causa, se reconduzir a *cpcf* a uma responsabilidade mista, situada entre ambas as responsabilidades expressamente previstas na lei. Atentemos, pois, ao que vem sendo discutido na doutrina¹⁸⁴.

1. A teoria contratualista

A responsabilidade contratual acarreta a verificação de um incumprimento, ou cumprimento defeituoso, por parte do dever, de uma obrigação. Aplicar-se-á, assim, quando se constate da violação de um direito de crédito ou de uma obrigação *stricto sensu*¹⁸⁵. A expressão “responsabilidade contratual” não é isenta de críticas. Assim, para Vaz Serra, “a expressão responsabilidade contratual, entendida nos termos do texto, não é rigorosa”, porquanto a responsabilidade pode surgir fora do âmbito do contrato, como seja, no âmbito de um negócio jurídico unilateral, pugnando pela terminologia de “responsabilidade negocial” ou “responsabilidade obrigacional”¹⁸⁶. Ora, Almeida Costa mostra-se sensível à terminologia “responsabilidade obrigacional”, por ser a mais completa, muito embora reconheça que peca por demasiado abrangente¹⁸⁷. Não obstante, acha preferível, em todo o

¹⁸⁴ O tratamento que se levará a cabo terá em linha de conta o que vem sendo escrito acerca da *cic*, na medida em que, como se demonstrou, os autores não têm dedicado particular interesse na *cpcf*. Não obstante, tal não acarreta problemas, na medida em que há clara simetria entre a *cic* e a *cpcf*, por um lado, e no fundo, o regime aclamado, vá ele para que lado for, implica atentar na natureza dos deveres em causa.

¹⁸⁵ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações, cit.*, p. 484.

¹⁸⁶ VAZ SERRA, «Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual», *BMJ*, n.º 85 (1959); p. 115.

¹⁸⁷ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações, cit.*, p. 484.

caso, a designação de responsabilidade contratual, por ser a terminologia clássica e corrente¹⁸⁸. Por seu turno, Antunes Varela rejeita ambas as terminologias propostas por Vaz Serra, na medida em que “a expressão responsabilidade obrigacional é equívoca, por não fazer distinção entre o dever de prestar, tendente ao cumprimento da obrigação, e o dever de indemnizar, correspondente ao seu não cumprimento, além de não ser inteiramente líquida a aplicabilidade de todo o regime da responsabilidade proveniente do não cumprimento das obrigações negociais à violação das obrigações provenientes de outra fonte”, acrescentando que, quanto à expressão “responsabilidade negocial”, a mesma não encerra em si qualquer tradição¹⁸⁹.

Ora, esta discussão não é desprovida de sentido e tem a sua relevância para o objeto deste estudo. No geral, importa reter que a responsabilidade contratual não é chamada à colação apenas quando a fonte da obrigação seja um contrato. Na senda, “entende-se por fonte de obrigação o facto gerador do vínculo obrigacional, aquele facto donde procede a obrigação, que lhe dá causa, que faz nascer o vínculo obrigatório”¹⁹⁰.

O comando do art. 762.º, n.º 2, implica, já o dissemos, que o sujeito cumpra a obrigação a que se encontra adstrito observando, para o efeito, o princípio da boa-fé. Fundando-se a *cppf* neste normativo, após a cessação do contrato, as partes mantêm-se adstritas, ainda que de forma ponderada e sempre que assim se justifique, aos deveres laterais. Deveres jurídicos, esses, que se enquadram no conceito de obrigação *latu sensu*. O mesmo se diga quanto à *cic*. O art. 227.º encerra em si uma obrigação de agir segundo a boa-fé durante as negociações tendentes a um contrato, assim como na sua formação.

É precisamente no conceito de obrigação em sentido amplo que as teses contratualistas reconduzem, em geral, quer a *cic*, quer a *cppf* à responsabilidade civil contratual.

Antunes Varela, através de uma ponderação entre os dois regimes previstos, entende que, muito embora não haja um vínculo contratual¹⁹¹, a relação entre os sujeitos encontra-se mais próxima de uma relação contratual¹⁹² do que a relação extracontratual^{193/194}.

¹⁸⁸ ALMEIDA COSTA, *ibidem*.

¹⁸⁹ ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações, cit.*, vol. I, p. 519.

¹⁹⁰ RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações, cit.*, p. 105. No mesmo sentido, GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações, 7.ª ed.*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 211 e sgts.

¹⁹¹ Quer na hipótese de *cic*, quer na hipótese da *cppf*.

¹⁹² Seja porque os sujeitos se encontram em vias de facto quanto à celebração de um contrato, seja porque existiu efetivamente um contrato que findou.

¹⁹³ Onde estariam em causa os direitos absolutos.

¹⁹⁴ ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações, cit.*, vol. I, pp. 271 e 272.

Na medida em que, no âmbito da *cpcf*, estar-se-á perante imposições legais, Galvão Telles entende que, nestes casos, dever-se-á aplicar a responsabilidade civil contratual, atendendo ao facto de que esta se aplica no domínio das obrigações, não sendo necessário que a fonte seja um contrato, podendo, na senda, advir da lei¹⁹⁵.

Perfilha do mesmo entendimento Vaz Serra. Adotando a designação da responsabilidade em análise de “responsabilidade obrigacional”, o autor defende a aplicabilidade do regime dos arts. 789.º e seguintes, pelo facto de este não emergir, tão-só, do não cumprimento de contratos, antes também da violação de qualquer obrigação legal entre as partes¹⁹⁶.

A comungar dos entendimentos expostos, surge-nos, também, Mota Pinto. Para o autor, “[a] qualificação da responsabilidade pré-contratual como responsabilidade obrigacional (...) visa exprimir a sua sujeição às mesmas regras que disciplinam a responsabilidade por violação duma obrigação *ex contractu*”¹⁹⁷. Pugna o autor pelo entendimento de que a responsabilidade contratual não se verifica apenas quando se trate de não cumprimento de obrigações contratuais, mas também “por força do inadimplemento de obrigações não contratuais”¹⁹⁸. O autor, particularmente, reconduz a responsabilidade pós-contratual, outrossim, à responsabilidade civil contratual^{199/200}.

Aqui chegados, atentemos no que vem sendo defendido particularmente no âmbito da responsabilidade civil pós-contratual.

Para Menezes Cordeiro, o regime aplicável à *cpcf* será o previsto nos arts. 789.º e seguintes. Concretamente, violado um dever pós-contratual, ao credor caberá o ónus de demonstrar a existência desse dever (art. 342.º, n.º 1). Posteriormente, caberá ao devedor a prova da extinção do dever pelo cumprimento (art. 342.º, n.º 2) ou, em alternativa, havendo violação do direito, que tal não terá sucedido com culpa (art. 797.º, n.º 1)²⁰¹.

¹⁹⁵ GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 74 e 75.

¹⁹⁶ VAZ SERRA, «Culpa do Devedor ou do Agente», *BML*, n.º 68 (1957), pp. 130 e 131.

¹⁹⁷ MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, cit., p. 351.

¹⁹⁸ MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, cit., p. 353.

¹⁹⁹ MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, cit., pp. 354 e 355.

²⁰⁰ No mesmo sentido, e a reconduzir a violação dos deveres laterais para o campo obrigacional vide CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 305 e 340 e sgts; GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo – Efeitos para o financiador do incumprimento pelo vendedor*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 226; BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 219.

²⁰¹ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, cit., p. 186. Do mesmo autor, *Tratado de Direito Civil*, cit., vol. IX, p. 202.

Da mesma sorte, Maurício Mota reconduz a *cppf* à responsabilidade contratual. Para o efeito, o autor atenta à causa final ou sinalagmática do contrato²⁰². Assim, e segundo o autor, a vantagem ou satisfação obtida pelo contrato deve ser protegida desde a satisfação da prestação principal até que se verifique o prazo de prescrição da obrigação²⁰³. Em suma, o autor entende que “os deveres laterais de conduta no período pós-contratual mantêm suas qualidades de contactos negociais especialmente qualificados, (...) [dirigidos, entre outros,] à realização do fim contratual”²⁰⁴.

Na Alemanha, como seria de esperar, na violação de uma obrigação sem deveres primários de prestação – como é o caso da *cic* e da *cppf* – a responsabilidade que deverá ser chamada à colação é a da responsabilidade civil contratual. A explicação já foi tida em linha de conta neste trabalho: em suma, a aplicabilidade da responsabilidade civil extracontratual é restrita. Com efeito, a responsabilidade aquiliana circunscreve-se aos § 823 e 826 do BGB. Nesse sentido, no § 823 as fontes de responsabilidade encontram-se caracterizadas, não havendo qualquer menção à violação de deveres laterais. Em última instância, poder-se-ia reconduzir a *cppf* ao § 826, donde se prevê a provocação dolosa de danos advindos de atentados contra os bons costumes. No entanto, neste concreto §, as violações apenas são sancionadas a título de dolo. Há, pois, recondução da *cppf* ao § 276 do BGB.

A tendência maioritária da teoria contratualista em França, quer na doutrina, quer na jurisprudência é a mesma. Disso dá-nos conta Geneviève Viney²⁰⁵. Para o efeito, relata a autora uma decisão da *Cour de Cassation*. O locador cessou unilateralmente o contrato de arrendamento, conferindo um prazo para o locatário entregar o locado. Porém, o locatário permaneceu no locado para além do prazo concedido, não tendo procedido à entrega do imóvel. Acontece que, após o fim do prazo concedido, um incêndio na habitação destruiu o imóvel. Entendeu a *Cour de Cassation* que o dever de entrega do imóvel por parte do locatário – dever, esse, pós-contratual, no entendimento da *Cour de Cassation* – se reconduz à responsabilidade civil contratual, conforme o previsto no art. 1773.º do Código Civil francês.

²⁰² MAURÍCIO MOTA, *A Pós-Eficácia das Obrigações Revisitada*, cit., p. 242.

²⁰³ MAURÍCIO MOTA, *A Pós-Eficácia das Obrigações Revisitada*, cit., pp. 242 e 243.

²⁰⁴ MAURÍCIO MOTA, *A Pós-Eficácia das Obrigações Revisitada*, cit., p. 244.

²⁰⁵ GENEVIÈVE VINEY, *Introduction à la Responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 546.

2. A teoria extracontratualista

No ordenamento jurídico português, a doutrina tende a reconduzir as relações jurídicas sem deveres primários de prestação à responsabilidade civil contratual. Ainda assim, há quem pugne pela aplicabilidade da responsabilidade civil aquiliana.

Temos, assim, Almeida Costa. Numa reflexão em torno da *cic*, o autor entende que a opção entre ambas as responsabilidades deverá advir da sua aplicabilidade na prática e não de considerações dogmáticas estéreis. Segundo o autor, o regime de ambas as responsabilidades não diverge de forma substancial, sendo certo, porém, que o regime da responsabilidade contratual é mais vantajoso para o credor. Pese esse facto, o Ilustre tratadista é da opinião que esse não é o regime mais adequado. Dever-se-á, assim, subsumir a *cic* à responsabilidade civil aquiliana, principalmente quando esta advenha da rutura ilegítima das negociações, porquanto a presunção de culpa do devedor – elemento caracterizador da responsabilidade civil contratual – seria demasiado onerosa. No mais, entende o autor que a responsabilidade do comitente, prevista no art. 500.º, se mostra suficiente, sendo excessivo o regime da responsabilidade dos representantes legais e auxiliares que resulta do n.º 1 do art. 800.º. Finalmente, o legislador subsume a responsabilidade pré-contratual, no que à prescrição diz respeito, ao regime da responsabilidade aquiliana (art. 498.º, aplicável *ex vi* pelo n.º 2 do art. 227.º), pelo que parece ter querido que esse fosse o regime aplicável^{206/207}.

Interessante, porém, é o facto de que a Jurisprudência, contrariamente ao entendimento da maioria da doutrina, pugna pela aplicabilidade, na *cic*, da responsabilidade civil extracontratual. Assim, *vide* o Ac. do STJ, de 13/03/2007, no proc. n.º 07ª402 (relator: Sebastião Póvoas), donde resulta o seguinte: “5) [a] responsabilidade pré contratual situa-se no âmbito da responsabilidade aquiliana (ou extra contratual)”²⁰⁸, e ainda o Ac. do STJ, de 06/12/2018, no proc. n.º 3407/15.5T8BRG.G1.S2 (relator: Ilídio Sacarrão Martins), onde se lê: “[q]ual o regime que melhor se adapta à responsabilidade pré contratual pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato? [a] resposta é dada por Mário Júlio Almeida Costa nos seguintes termos: ‘[t]ambém se afigura justo que, havendo vários responsáveis pela ruptura ilegítima, estes respondam solidariamente. [a]ssim dispõe, como observámos, o artigo 497º para a responsabilidade extracontratual. [é] muito oportuno que o tribunal,

²⁰⁶ ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*, reimpr., Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 93

²⁰⁷ A defender, outrossim, a aplicabilidade da responsabilidade civil extracontratual à *cic* *vide* HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, cit., pp. 475 e 476.

²⁰⁸ Disponível em <http://www.dgsi.pt/isti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/269f32e32aa048ce8025729d004d95b6?OpenDocument> (consultado a 16/08/2019).

se ocorre ruptura apenas culposa, possa graduar equitativamente a indemnização, fixando-a em montante inferior aos danos causados, de acordo com o grau de culpabilidade do responsável, a sua situação económica e a do lesado e as demais circunstâncias atendíveis. [e]ste preceito do artigo 494º, privativo da responsabilidade extracontratual, encaminha para o critério maleável que, em tese geral, entendemos dever presidir à apreciação da responsabilidade pela ruptura dos preliminares. [a] mencionada norma reflecte a função sancionatória ou punitiva que a responsabilidade civil pode exercer acessoriamente. [a]liás, de novo se pondera a certa contemplação que merece o autor da ruptura, em virtude da restrição que suporta na sua liberdade de contratar ' '209.

Contrariamente ao ordenamento jurídico alemão e francês, a doutrina e jurisprudência italianas têm entendido, segundo Francesco Benatti, que à violação do princípio da boa-fé na fase das negociações, previsto no art. 1337.º do *Codice Civile* Italiano, é aplicável a responsabilidade civil extracontratual²¹⁰. Explicita o autor que do artigo em questão resulta o princípio *neminem laedere*, intimamente ligado ao designado facto ilícito. Por outro lado, a norma do art. 1337.º encontra-se desprovida de sanção, devendo ser integrada no art. 2043.º do *Codice Civile*²¹¹. Ainda, na fase preliminar não se verifica a existência de um contrato, pelo que a *cic* apresentar-se-á como uma manifestação da responsabilidade aquiliana. Ao contrário da relação contratual, na relação pré-contratual não se constata a existência de um vínculo obrigatório. Por fim, a noção de “culpa” presente no art. 1337.º equivale a “má-fé”; na medida em que a má-fé não se presume (art. 1147.º do *Codice Civile*), não será de aplicar a responsabilidade civil contratual²¹².

Procedendo a um estudo de direito comparado, já há uns anos Ana Prata nos dava conta de que, em Espanha, na falta de norma que reconduzisse a *cic* a alguma das responsabilidades, a doutrina inclinava-se maioritariamente para aceitar a aplicabilidade da responsabilidade civil extracontratual²¹³.

²⁰⁹ Disponível em <http://www.dgsi.pt/JSTJ.NSF/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/95deb475940e22e88025835c003603a7?OpenDocument> (consultado a 16/08/2019).

²¹⁰ FRANCESCO BENATTI, *A Responsabilidade Civil Pré-Contratual* (trad. de ADRIANO VERA JARDIM e MIGUEL CAEIRO), Coimbra, Almedina, 1970, pp. 137-140.

²¹¹ Prevê a responsabilidade por factos ilícitos.

²¹² Diferentemente da posição maioritária, Francesco Benatti reconduz a *cic* à responsabilidade civil contratual. Vide FRANCESCO BENATTI, *A Responsabilidade Civil Pré-Contratual*, *cit.*, pp. 153-157.

²¹³ ANA PRATA, *Notas Sobre Responsabilidade Civil Pré-Contratual*, Lisboa, 1991, p. 208. Aparentemente, a tendência mantém-se - David Felipe Benítez Rojas, *Configuración de la Responsabilidade Precontractual*, disponível em <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/configuracion-de-la-responsabilidad-precontractual-2938079> (consultado a 14/05/2020).

3. Para um *tertium genus*: “terceira via” na responsabilidade civil

Como se retira das páginas antecedentes, a recondução, quer da *cic*, quer da *cppf*a uma das vias de responsabilidade legalmente consagradas não tem sido tarefa fácil.

Esgrimem-se argumentos de ambos os lados, sendo certo, porém, que esta questão está longe de ser unânime, *inclusive* nos diversos ordenamentos jurídicos romano-germânicos.

Como forma de superação da problemática, e de maneira a atender à concreta natureza dos deveres laterais, tem vindo a ser construída uma nova via de responsabilidade civil, “situada entre os pólos do contrato e do delito”²¹⁴. É ela, pois, a “terceira via” na responsabilidade civil.

A figura veio a ser introduzida, em primeira linha, por Canaris. Considerava o autor que, entre a responsabilidade civil extracontratual, cujo objetivo seria a tutela de determinados bens jurídicos e admitiria uma gradação com base na culpa do lesante, e a responsabilidade contratual, pensada para o incumprimento de obrigações e permitiria o ressarcimento de danos patrimoniais puros, seria de considerar uma responsabilidade civil intermédia que, não se reconduzindo na íntegra à responsabilidade obrigacional e à aquiliana, faria face a determinadas vinculações específicas (*Sonderverbindungen*)²¹⁵. A visão do autor, como já aludido, tinha na base a sua teoria unitária de proteção.

Ora, a defesa de uma “terceira via” na responsabilidade civil vem sendo, aqui e ali, defendida na nossa doutrina, sendo certo, contudo, que a temática tem sido abordada, essencialmente, na área da *cic* e na violação positiva do contrato.

Destarte, logo à cabeça, Carneiro da Frada tem sido um fervoroso defensor desta nova categoria de responsabilidade civil. Salientando a fragilidade da recondução da *cic* às responsabilidades contratual e extracontratual, o autor subsume a *culpa in contrahendo* ao *tertium genus*²¹⁶.

Convém frisar que, em tempos, Mota Pinto pugnou, ainda na vigência do anterior CC, por um sistema híbrido, no que à *cic* diz respeito, onde ao intérprete incumbiria a procura da solução mais

²¹⁴ CARNEIRO DA FRADA, «Vinho Novo em Odres Velhos – A Responsabilidade Civil das Operadoras de Internet e a Doutrina Comum da Imputação de Danos», *ROA*, ano 59.º, n.º 2 (1999), p. 673.

²¹⁵ *Apud.* MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., p. 353.

²¹⁶ CARNEIRO DA FRADA, *Uma “Terceira Via” no Direito da Responsabilidade Civil? – O Problema da Imputação dos Danos Causados a Terceiros por Auditores de Sociedades*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 95.

adequada ao caso em concreto, pois que, de contrário, estar-se-ia a adotar uma “atitude do mais puro conceitualismo, cega perante os interesses presentes nas situações”²¹⁷

Na mesma linha de pensamento, o Professor Sinde Monteiro considera que o legislador não estabeleceu qualquer natureza atinente às relações obrigacionais sem deveres primários de prestação, como a *cic*²¹⁸, pelo facto de esta se situar numa fronteira entre o delito e o contrato, justificando-se, na senda, a aplicação das normas da responsabilidade civil aquiliana e contratual, apresentando-se, esta, como a solução mais adequada²¹⁹.

Sufragando o mesmo entendimento, Baptista Machado defende a aplicabilidade de uma “terceira via” na responsabilidade civil, nas situações que tenham que ver com relações obrigacionais sem deveres primários de prestação. Ponderando acerca da *cic*, o autor considera que os contactos entre os futuros contraentes não originam uma obrigação. Os sujeitos encontram-se numa espécie de “estatuto relacional”, donde resulta a observação de determinados deveres de conduta que, quando violados, originam, agora sim, uma obrigação de indemnizar. Não há, nesta sede, qualquer constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, como se verifica na existência de um contrato, assim como na prática de factos ilícitos. A verdadeira obrigação – ressarcimento do dano – surge, tão-só, na hipótese de um dos sujeitos violar os deveres de conduta a que se encontra adstrito²²⁰.

Outrossim, Eva Sónia Moreira propende para a aplicabilidade da “terceira via” na responsabilidade civil nas hipóteses de *culpa in contrahendo*²²¹.

Refletindo nos vários institutos donde resultam relações obrigacionais sem deveres primários de prestação, como a *cppf*, Menezes Leitão entende que estas “hipóteses de vinculações específicas distintas do dever de prestar suscitam problemas jurídicos próprios, que não podem ser cabalmente resolvidos pela aplicação em bloco do regime da responsabilidade civil obrigacional ou da responsabilidade civil delitual”²²². O autor entende que nas hipóteses de *cic*, de *cppf* e de contrato com eficácia a favor de terceiros, encontramos-nos numa “zona cinzenta”, à qual se deverá atribuir uma

²¹⁷ CARLOS MOTA PINTO, «A Responsabilidade Pré-Negocial pela Não Conclusão dos Contratos», *BFUDUC*, suplemento XIV, Coimbra, 1966, pp. 249 e 250. Não obstante, e como se referiu *supra*, o autor acabou por rever a sua posição, submetendo, quer a *cic*, quer a *cppf* ao regime da responsabilidade civil contratual.

²¹⁸ Aqui poder-se-ão englobar a *cppf* e o contrato com eficácia a favor de terceiro.

²¹⁹ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 509 e 510.

²²⁰ BAPTISTA MACHADO, «A Cláusula do Razoável», in Baptista Machado, *Obra Dispersa*, vol. I, Braga, Scientia Iuridica, 1991, p. 567 e 571. Também, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *cit.*, p. 354. Outrossim, EVA SÓNIA MOREIRA, *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, *cit.*, pp. 63 e 64, propende para a aplicabilidade da “terceira” via na culpa *in contrahendo*.

²²¹ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, *cit.*, pp. 63 e 64.

²²² MENEZES LEITÃO, *ibidem*.

qualificação “intermédia”, sujeitando-as a um regime específico, “a descobrir caso a caso através das regras de integração de lacunas (art. 10.º)”.

Por outro lado, alguma jurisprudência tem-se mostrado sensível à adoção de uma “terceira via” na responsabilidade civil. Assim, e a título de exemplo, pode-se ler no sumário do Ac. STJ, de 25/10/2012, no proc. n.º 2625/09.0TVLSB.L1.S1 (relator: Bettencourt de Faria) o seguinte: “I – [a] responsabilidade civil pré-contratual não se confunde com a responsabilidade civil contratual, nem com a responsabilidade civil extracontratual, constituindo um *tertium genus* de responsabilidade civil”.

Em Itália, a defesa por um *tertium genus* foi defendida por Rodolfo Sacco²²³, pese embora não tenha tido grande acolhimento. No Brasil, esta ideia veio a ser introduzida por Regis Fichtner Pereira²²⁴.

As críticas levadas a cabo relativamente à defesa de uma “terceira via” (*Dritte Spur*) na responsabilidade civil, embora não totalmente justas, deixam antever algumas dificuldades. Com efeito, insurge-se contra esta recente via de responsabilidade civil, Galvão Telles. Entende o autor que, procedendo-se a uma análise do instituto em causa e, por conseguinte, dependendo do resultado a que se chegue, se deve aplicar em bloco o regime da responsabilidade civil contratual ou, em alternativa, o regime da responsabilidade civil aquiliana. Considera o autor que não pode o aplicador do direito escolher, sem que a lei o permita, as normas de entre ambos os regimes que se lhe aprouver, sob pena de se praticar direito livre²²⁵. Almeida Costa, embora não rejeite inteiramente esta possibilidade, considera que estas posições dualistas não conseguiram um sustentado acolhimento^{226/227}.

4. Posição adotada

Julgamos que, por forma a tomar posição quanto ao regime aplicável à *cppf*, necessário se torna tecer algumas considerações, no que toca às suas diferenças, em torno das funções e dos regimes das categorias de responsabilidade civil que se encontram expressamente previstas no nosso ordenamento jurídico.

²²³ *Apud.* DANIELA FERREIRA CUNHA, *Responsabilidade Pré-Contratual por Ruptura das Negociações*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 59.

²²⁴ *Apud.*, DANIELA FERREIRA CUNHA, *Responsabilidade Pré-Contratual por Ruptura das Negociações*, cit., p. 60.

²²⁵ GALVÃO TELLES, *ibidem*.

²²⁶ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 253.

²²⁷ Lá fora, o panorama não é propriamente diferente. A título de exemplo, vide FRANCESCO BENATTI, *A Responsabilidade Civil Pré-Contratual*, cit., pp. 134 a 136.

Com efeito, de forma sucinta se diga que a responsabilidade contratual tem como função dar resposta a um incumprimento ou cumprimento defeituoso emergente de um contrato. Pode consistir, naturalmente, na violação de um direito de crédito²²⁸, ou de uma obrigação em sentido estrito (art. 397.º do C.C.). Está assim, esta responsabilidade, talhada para fazer face ao incumprimento ou mau cumprimento de deveres de prestar. Por seu turno, a responsabilidade aquiliana é chamada quando estejam em causa direitos subjetivos que não os creditícios ou quando estejam em causa interesses legalmente protegidos. Na primeira via de responsabilidade, denota-se a existência de um vínculo específico, particular, entre lesante e lesado, ao passo que a segunda via de responsabilidade resulta da necessidade de salvaguarda de direitos absolutos ou de normas destinadas a proteger interesses alheios, e às quais toda a pessoa jurídica se encontra adstrita.

Por outro lado, no regime previsto no art. 483.º e seguintes, o legislador promove um exercício que contrapõe a liberdade individual – enquanto atuação do agente – com a preservação de bens jurídicos patrimoniais e pessoais comuns. Quanto à via prevista no art. 798.º e seguintes, esta tem como objetivo duas funções, no essencial: impelir o devedor ao cumprimento da obrigação, desde que se verifiquem determinados pressupostos, como seja a manutenção do interesse do credor no cumprimento e ele se mostre ainda possível, ou, havendo incumprimento definitivo ou cumprimento defeituoso, satisfazer o credor da obrigação.

Atentemos, agora, nas especificidades de ambos os regimes. No que à culpa diz respeito, em princípio, caberá ao lesado provar a culpa do lesante na responsabilidade extracontratual (n.º 1 do art. 487.º)²²⁹. Pelo contrário, na responsabilidade civil contratual a culpa presume-se (n.º 1 do art. 799.º). Quanto ao reconhecimento da repercussão do tempo nas relações jurídicas, tutelando-se, assim, o interesse do lesante/devedor, o direito à indemnização por via da responsabilidade civil aquiliana prescreve no prazo de três anos a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe assiste (n.º 1 do art. 498.º)²³⁰, ao passo que na responsabilidade obrigacional será de aplicar o prazo de vinte anos (art. 309.º), de cinco ou dois (arts. 310.º e 317.º, respetivamente) ou de seis meses (art. 316.º). Mais, na responsabilidade civil contratual, o ato de outrem não depende da existência de uma relação de subordinação entre o devedor e auxiliar (art. 800.º), o que já não se constata na responsabilidade civil aquiliana (art. 500.º). Em sede contratual, haverá indemnização

²²⁸ Direito de um sujeito exigir a outrem uma determinada prestação. Essa prestação não necessita de ter valor pecuniário (n.º 2 do art. 398.º), pelo que do crédito não necessita de resultar uma característica essencial de patrimonialidade.

²²⁹ Não obstante, verifica-se nesta responsabilidade algumas disposições onde a culpa se presume, como seja na responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem (art. 491.º). Verificam-se, ainda, exceções no âmbito da responsabilidade do n.º 1 do art. 492.º, 493.º e 503.º, n.º 3.

²³⁰ Isto, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do art. 498.º.

pelos danos patrimoniais puros, sendo que na responsabilidade civil extracontratual o lesante apenas ressarcirá os danos patrimoniais puros, nos termos do n.º 1 do art. 483.º, “[q]uando tiver sido violada uma disposição de protecção cujo objecto seja a tutela de interesses puramente patrimoniais”²³¹. Existindo pluralidade de devedores, a responsabilidade será solidária em sede delitual (art. 497.º), sendo que, na responsabilidade contratual, será conjunta, a menos que a obrigação tenha natureza solidária (art. 513.º). Por outro lado, a redução equitativa da indemnização, na hipótese de mera culpa, apenas encontra acolhimento na responsabilidade civil aquiliana (art. 494.º). Quanto ao momento da constituição do devedor em mora, o mesmo encontra-se previsto no art. 805.º, sendo que do n.º 3, segunda parte, se retira um regime exclusivo tendente à responsabilidade extracontratual. São estas, de *grosso modo*, as diferenças existentes entre ambas as responsabilidades.

Subscreve-se inteiramente o pensamento de Pinto Oliveira: os deveres aos quais os sujeitos se encontram adstritos – diferenciados –, ora na base do contrato, ora na base do delito, justificam e espelham bem as diferenças do regime aplicável a cada uma delas²³². Na responsabilidade aquiliana estamos perante regras gerais de conduta, aplicáveis a todos os sujeitos, onde dançam lado-a-lado a liberdade individual e o interesse coletivo. Já no contrato, os deveres resultam do acordo estabelecido, querido, donde o devedor deverá observar um dever específico, por forma a atender à satisfação do credor. Há no campo do contrato uma proximidade das partes que justifica uma maior tutela do lesado – presunção de culpa e ressarcimento de todos os danos – *inclusive* porque se denota uma maior possibilidade de causar danos, que não se vislumbra no campo delitual.

Ora, a função e diferenciação de ambos os regimes depõe a favor de uma natureza diferenciada no que aos deveres laterais diz respeito. Já o dissemos. Nestes termos, não tendo os deveres de consideração uma natureza contratual – na medida em que vão aquém e além do contrato, por não se encontrarem na livre disponibilidade das partes – nem uma natureza delitual – não derivam de contactos indiferenciados, e justificam-se em função de sujeitos determinados – parece-nos ser defensável a sua sujeição a um regime específico, a qual se reconduzirá a uma “terceira via” na responsabilidade civil.

E não se diga que, com Galvão Telles, estar-se-á a praticar direito livre por subsumir-se determinadas situações a uma responsabilidade híbrida que bebe de ambos os regimes legalmente

²³¹ CARNEIRO DA FRADA, *Forjar o Direito*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 164 e 165. No entanto, e a título de exemplo, MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa, Lex, 1997, p. 468, entende não ser de restringir a indemnização por danos patrimoniais puros em sede delitual.

²³² PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 46 e sgts.

tipificados. Esta afirmação parece-nos pouco persuasiva, principalmente porque o próprio autor admite que se faça uma análise da relação jurídica em causa e, após, se aplique – em bloco, é certo – o regime que seja mais aparentado com aquela. Ora, haverá sempre margem, quanto mais não seja na análise da relação, para o arbítrio, e, por conseguinte, para a incerteza e insegurança jurídicas. Por outro lado, e como constata Eva Sónia Moreira, “[d]izer que nem todas as obrigações nascem de um contrato, que esta [a c.i.c.] é uma delas (pois nasce por imposição legal) mas não deixa de ser uma obrigação, pelo que devemos considerar que se trata de responsabilidade contratual (*rectius* – obrigacional, nos termos deste autor), não é suficiente”²³³. Acrescenta-se aqui o fundamento donde reside, outrossim, a justificação para um *tertium genus*: o facto de o legislador não ter reconduzido a violação dos deveres laterais a qualquer uma das vias de responsabilidade-tipo.

Ora, contextualizando a questão no instituto de que nos ocupamos, a *cpcf* levanta questões particulares que, no caso em concreto, não se nos afiguram suscetíveis de serem resolvidas pela opção em massa de entre as vias tradicionais²³⁴, sob pena de traduzirem hipóteses irrealistas e injustas. Isto é dizer, de entre as normas que denotam uma diferenciação dos regimes-tipo, há que escolher – atendendo à sua *ratio* – as que melhor se compatibilizam com a violação destes deveres específicos. Posteriormente, e agora sim, elas deverão ser aplicadas em bloco ao caso em concreto²³⁵. Há, então, que atentar nas normas de ambos os regimes e determinar, de entre elas, as que melhor se compatibilizam com os fundamentos do instituto.

Em suma, depõem a favor de uma “terceira via” a própria natureza dos deveres laterais, a função intermédia que estes deveres desempenham – situados entre o contrato e o delito – assim como os interesses em jogo.

As teses contratualistas e extracontratualistas pecam, parece-nos, por um excessivo formalismo, ou melhor dizendo, concetualismo pois, no fundo, não atendem às especificidades das relações em causa e não se mostram, de forma suficientemente segura, capazes de dar resposta às situações em concreto. Prova disso é a visível divisão doutrinal e jurisprudencial. O Direito visa regular a vida das pessoas, as relações entre elas. Com efeito, não se compadece com exigências de

²³³ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, cit., p.61

²³⁴ Sendo certo que, no âmbito da *cpcf*, a esmagadora maioria da doutrina defende a aplicabilidade da responsabilidade civil contratual.

²³⁵ *Infra*, salientaremos as normas que, aplicáveis à *cpcf*, nos parecem que deverão ser chamadas a intervir.

interpretação totalmente restritivas, nem com fórmulas esdrúxulas. Como realça Almeida Costa, há, pois, que aferir das consequências práticas²³⁶.

Por outro lado, rejeitar a “terceira via” e não reconduzir os deveres laterais ao campo do contrato, ou ao campo do delito, implicaria acrescentar à equação mais um raciocínio: o de saber se o dever violado, no caso em concreto, se aproximaria mais de uma natureza contratual ou de uma natureza extracontratual. Tememos que este raciocínio levaria às mesmas consequências e incompletudes que as teses contratualistas e extracontratualistas.

²³⁶ ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*, *ibidem*.

Capítulo IV – Da *culpa post pactum finitum* e o direito internacional privado: breves referências.

1. A inobservância dos deveres pós-contratuais no direito da União Europeia

Existindo uma relação contratual transnacional, poder-se-á verificar, após a cessação do vínculo contratual, a violação de deveres de consideração que, justificadamente, se tenham mantido aquém do contrato findo.

Com efeito, a violação de um dever pós-contratual gerará responsabilidade civil pós-contratual. Nesse sentido, encontrando-se fixada a competência internacional dos tribunais portugueses para dirimir o litígio, nos termos dos arts. 59.º e seguintes do CPC, torna-se necessário saber qual a lei que será aplicável ao *decidendo*.

Aqui, abre-se inicialmente a questão de saber se é de aplicar o Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)²³⁷, ou se, de outra sorte, é de aplicar o Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II)²³⁸. Como se defendeu, os deveres que se mantêm após a cessação do contrato não revestem natureza contratual, nem delitual. Nesse sentido, apresentam-se com uma natureza quase-contratual ou quase-delitual. Pese esse facto, a União Europeia, à imagem dos ordenamentos jurídicos que a integram, não prevê qual a lei aplicável à violação destes deveres específicos.

Ora, do âmbito de aplicação material de Roma I, resulta que aquele é aplicável às obrigações contratuais (art. 1.º). Acontece que, na *cppf*, já não existe, de facto, uma relação contratual, sendo certo que os deveres que se mantêm também não revestem essa natureza. No entanto, e de forma a salvaguardar alguns conceitos, resulta do preâmbulo do Regulamento Roma II que “[o] conceito de obrigação extracontratual varia entre Estados-Membros. [p]or conseguinte, para efeitos do presente regulamento, a obrigação extracontratual deverá ser entendida como um conceito autónomo”. Ora, a este propósito, o que seja “obrigação extracontratual”, deverá ser procurada, não por recurso à

²³⁷ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=pt> (consultado a 6/11/2019).

²³⁸ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0864&from=PT> (consultado a 6/11/2019).

doutrina nacional, mas sim na jurisprudência do TJUE²³⁹. O TJUE tem acabado por proceder a uma interpretação do conceito de “obrigação extracontratual” por exclusão, ou seja, como aquela que abrange um ato gerador de responsabilidade civil que não esteja relacionada com matéria contratual²⁴⁰.

Dessarte, parece-nos que, de entre os dois regulamentos, dever-se-á chamar à colação o Regulamento Roma II, em detrimento de Roma I, pois que aquele deixa suficiente margem para incluir no conceito de obrigação extracontratual estes deveres específicos de que tratamos. Ademais, e como faz notar Carlos Manuel Marinho, Roma II acabou por ser concebido para completar Roma I, por forma a garantir o tratamento, pelo Direito da União, da vasta área do direito das obrigações²⁴¹. Com efeito, tendo Roma II uma vocação abrangente e alargada relativamente aos atos geradores de responsabilidade civil²⁴², verifica-se uma clara tendência de inclusão temática, em caso de dúvida, que apenas cederá mediante exclusão expressa²⁴³. No mais, também é o regulamento que dá resposta à lei aplicável na hipótese de *cic*, o que tem, nestes termos, algum peso sistemático²⁴⁴.

A este propósito, do n.º 1 do art. 12.º de Roma II, resulta que a lei aplicável a uma obrigação extracontratual decorrente de negociações realizadas antes da celebração de um contrato, é a lei aplicável ao negócio. No mais, mesmo que o contrato não venha a ser celebrado, a lei aplicável é a que lhe seria, caso o negócio tivesse sido celebrado. Do n.º 2 deste artigo surgem três conexões subsidiárias, para quando não seja possível determinar a lei aplicável ao negócio. Sucede, porém, que este artigo apenas será aplicado à *culpa in contrahendo* quando esta derive da violação de deveres de informação ou pela rutura injustificada das negociações. Com efeito, se o futuro contraente sofrer os chamados “danos *extra rem*”, a lei aplicável já será a que resulta do art. 4.º do Roma II, ou de “outras disposições relevantes”²⁴⁵.

Ora, como dissemos, o regulamento não regula o caso particular da responsabilidade civil pós-contratual. Nesse sentido, dever-se-á aplicar o princípio *lex loci damni*, previsto no art. 4.º do Regulamento, *inclusive* porque “estabelece um justo equilíbrio entre os interesses da pessoa

²³⁹ Carlos Manuel Gonçalves de Melo Marinho, “A Responsabilidade Civil nas Relações Transfronteiriças na União Europeia – o Regulamento ‘Roma II’”, p. 8, disponível em http://www.trl.mi.pt/PDF/reg_roma_ii_palestra_coimbra_carlos_mgm_marinho.pdf (consultado a 2/5/2020).

²⁴⁰ *Idem*, a este respeito, e a título de exemplo, o conhecido caso Kalfelis, decidido no Ac. do TJUE, de 27/9/1988, no proc. n.º 189/87, disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5ebba34e-daf8-4cf7-b163-12dbb9c107d3.0009.06/DOC_2&format=PDF (consultado a 2/5/2020).

²⁴¹ Carlos Manuel Gonçalves de Melo Marinho, *op. cit.*, p. 3.

²⁴² Carlos Manuel Gonçalves de Melo Marinho, *op. cit.*, p. 2.

²⁴³ Carlos Manuel Gonçalves de Melo Marinho, *op. cit.*, p. 3.

²⁴⁴ Semelhante conclusão retira RICARDO GASPAS DIAS, *Deveres de Proteção e a Fronteira entre Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual – Um Problema (também) de Direito Internacional Privado*, p. 34, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16606/1/DEVERES%20DE%20PROTE%C3%87%C3%83O%20E%20A%20FRONTEIRA%20ENTRE%20RESPONSABILIDADE%20CIV.pdf> (consultado a 22/02/2019).

²⁴⁵ Ponto 30 do preâmbulo.

alegadamente responsável e do lesado e reflete a concepção moderna da responsabilidade civil”²⁴⁶. Aliás, como chama à atenção Anabela Gonçalves, “[a] valorização do lugar do dano em DIP é uma consequência da primazia da função compensatória em detrimento da função preventiva da responsabilidade civil, para o qual contribuiu o desenvolvimento das situações de responsabilidade sem culpa”²⁴⁷.

Com efeito, a responsabilidade civil pós-contratual deverá reger-se pela lei do País onde ocorreu o dano, não relevando, assim, o País onde ocorreu o facto que deu origem ao dano²⁴⁸ ou onde ocorreram quaisquer consequências indiretas desse facto (n.º 1 do art.4º de Roma II). Não obstante, se, porventura, lesante e lesado residirem habitualmente no mesmo País no momento em que o dano ocorreu, então deverá ser a lei desse País a intervir (n.º 2, do mesmo artigo).

À primeira vista, e pela redação do art. 4.º de Roma II, poder-se-ia pensar que o julgador aplicaria, sem mais, a conexão atinente ao lugar do dano, prevista no n.º 1. Porém, a questão não é líquida. Anabela Gonçalves assim nos diz. Na verdade, o lugar do dano surge numa posição subsidiária²⁴⁹. Primeiramente, importará saber se as partes acordaram na aplicabilidade de uma lei (art. 14.º de Roma II); em seguida, haverá que atentar ao lugar da residência habitual de ambas as partes (n.º 2 do art. 4.º de Roma II); posteriormente, e agora sim, relevará o elemento de conexão relacionado com o lugar do dano²⁵⁰.

Roma II abre, ainda, uma exceção que resulta do n.º 3 do art. 4.º: “[s]e resultar claramente do conjunto das circunstâncias que a responsabilidade (...) tem uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do indicado nos n.ºs 1 ou 2, é aplicável a lei desse outro país”. A este propósito, o Regulamento indica um critério, a título exemplificativo, que permite identificar a existência de uma conexão mais estreita: uma relação preexistente entre as partes, tal como um contrato. Como explica Elsa Oliveira, trata-se de chamar à colação o ordenamento que efetivamente tenha mais proximidade com a hipótese em concreto, em detrimento da lei aplicada pela regra de conflitos²⁵¹. Nas palavras de Anabela Gonçalves, “[a] cláusula de exceção é outra forma de obter a aplicação da lei que apresente um vínculo mais estreito com o caso em concreto e, mais uma vez, é uma expressão do

²⁴⁶ Ponto 16 do preâmbulo.

²⁴⁷ ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 365.

²⁴⁸ ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado*, cit., p. 369: “[r]oma II, no art. 4º, n.º 1, adota como elemento de conexão o lugar do dano, em detrimento do lugar da prática do facto”.

²⁴⁹ ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado*, cit., p. 370.

²⁵⁰ ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *ibidem*.

²⁵¹ ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade Civil Extracontratual por Violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 510, 514 e 524.

princípio de proximidade”, tendo como objetivo a flexibilização da norma de conflitos²⁵². Nesta senda, Marques dos Santos refere que aqui está em causa a redução teleológica de uma regra geral que, atendendo às particularidades do *decidendo*, se tornará inaplicável, investindo o aplicador de Roma II no poder de “criar uma regra na veste do legislador”²⁵³.

Ademais, Roma II manda o julgador ponderar, na consideração da matéria factual e sempre que se julgue adequado, às “regras de segurança e de conduta em vigor no lugar e no momento em que ocorre o facto que dá origem à responsabilidade” (art. 17.º de Roma II). A justificação para esta norma é encontrada no considerando 34 de Roma II: pretende-se encontrar um equilíbrio entre lesante e lesado.

Em suma, Roma II faculta ao intérprete a possibilidade de chegar a uma solução que se revele justa e equilibrada e que se encontre conforme os princípios do direito internacional privado²⁵⁴.

2. A reserva de ordem pública internacional do Estado português

O conceito de ordem pública internacional, à imagem de tantos outros, constitui um conceito indeterminado²⁵⁵.

Na senda, e como os demais, necessita de ser concretizado pelo intérprete, nomeadamente o juiz, tendo em conta as circunstâncias do caso. Nesse sentido, inútil se torna, *a priori*, estabelecer uma definição concreta, redutível a todos os casos.

Não obstante, este instituto vem sendo definido como “um mecanismo próprio da ordem jurídica do foro, através do qual são definidos os princípios e valores nucleares e inspiradores daquela ordem jurídica estando a sua intervenção dependente das referidas considerações materiais daquele Estado”²⁵⁶. Em suma, e nas palavras de Ferrer Correia, “a ordem pública internacional ou externa limita a aplicabilidade das leis estrangeiras”²⁵⁷.

²⁵² ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado*, cit., p. 444.

²⁵³ MARQUES DOS SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma Teoria Geral*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1991, p. 487.

²⁵⁴ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 535 e sgts. Igualmente, ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado*, cit., p. 445.

²⁵⁵ MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado*, reimp., Lisboa, AAFDL, 1987, p. 183.

²⁵⁶ ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado*, cit., p. 518.

²⁵⁷ FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2013, p. 405.

Perante isto, é aconselhável que se estabeleçam critérios capazes de auxiliar o intérprete no momento do afastamento da lei estrangeira com base da o.p.i.

Antes de atentarmos nos critérios que vêm sendo apontados, aqui e ali, pela doutrina e acolhidos pela jurisprudência, demos conta do que a Associação de Direito Internacional aclama quanto à o.p.i. Com o objetivo de “facilitar a consistência e a previsibilidade na interpretação e aplicação da ordem pública”, a I.L.A. aponta algumas recomendações, a saber: a o.p.i. configura um conjunto de princípios e regras cognoscíveis por um Estado que, atendendo à sua natureza, poderá impedir o reconhecimento e execução, por exemplo, de uma sentença estrangeira, quando o seu reconhecimento, ou execução, afrontem largamente esse conjunto de regras ou princípios que o foro visa acautelar; a o.p.i. de qualquer Estado inclui, entre outros, princípios fundamentais, como sejam os relativos à justiça; quando o juiz se encontre na posição de avaliar se este ou aquele princípio integra, de forma essencial, o seu sistema jurídico, ao ponto de afastar o reconhecimento, por exemplo, de uma sentença estrangeira, deverá ter em conta o carácter internacional do caso e a sua conexão com o foro, assim como aferir da existência, ou não, de um consenso internacional em torno desse mesmo princípio”²⁵⁸.

Pode-se concluir, com Maria João Mimoso e Sandra C. Sousa, que a o.p.i. é constituída por regras e princípios que constituem um “reduito inviolável” para o ordenamento jurídico do foro que justifica, assim, o afastamento dos demais²⁵⁹. Referem as autoras, como exemplo desses princípios, os direitos fundamentais²⁶⁰.

Pereira Barrocas aponta, a título exemplificativo, quanto aos grandes princípios gerais de direito aceites pela comunidade internacional e suscetíveis de trazer à colação a o.p.i., o princípio *pacta sunt servanda*, a proibição e sancionamento do abuso do direito e o princípio da boa-fé objetiva²⁶¹.

Com efeito, a o.p.i. tanto constitui um limite à aplicação do direito estrangeiro considerado competente para regular um determinado caso concreto, como constitui um entrave ao reconhecimento ou execução de uma sentença estrangeira. Dessarte, quando o tribunal competente para conhecer da questão seja o português, sendo que das normas de conflito resulte a aplicabilidade

²⁵⁸ *Apud.* Acórdão do STJ, de 26/09/2017, no proc. n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1 (relator: Alexandre Reis), disponível em <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/894fdeda111f211d802581a70050acc6> (consultado a 14/09/2019).

²⁵⁹ MARIA JOÃO MIMOSO/SANDRA C. SOUSA, *Nótuas de Direito Internacional Privado*, Lisboa, Almedina, 2014, p. 166.

²⁶⁰ MARIA JOÃO MIMOSO/SANDRA C. SOUSA, *ibidem*. O exemplo típico dos direitos fundamentais é também dado por RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição*, 3.ª reimpr., Coimbra, Coimbra Editora, 1994, pp. 251 e 252.

²⁶¹ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 682 a 687.

do direito estrangeiro, o juiz poderá afastar a aplicação da lei estrangeira com base na o.p.i., quando a lei estrangeira afronte aquele “reduo inviolável”.

Como é evidente, a ordem pública de um Estado não é igual ao outro, pese embora haja matérias largamente consensuais, sendo certo que o que seja ordem pública num Estado hoje, é diferente do que foi no passado, e será diferente no futuro. A o.p.i. não poderá ser, nem o é, indiferente ao sentimento generalizado das comunidades à época²⁶².

Não obstante, é possível retirar características que deverão ser tidas em linha de conta na aplicação da o.p.i.: excecionalidade, atualidade e relatividade²⁶³.

A o.p.i. constitui a *ultima ratio* de atuação. Nesse sentido, a aplicação do direito estrangeiro só poderá ser afastada se afrontar manifestamente os princípios fundamentais da *lex fori*. Não se basta com a mera incompatibilidade. Exige-se que a *lex causae* seja manifestamente atentatória para com o Estado do foro. Temos, pois, a característica da excecionalidade²⁶⁴.

Por outro lado, a o.p.i. terá de ser aferida no preciso momento em que o juiz terá de decidir do afastamento ou não da *lex causae*. Assim, não relevarão conceções passadas, nem se aferirá da natural projeção da conceção no futuro, ainda que próximo. Pois bem, o juiz terá de aferir da conceção atual da o.p.i. no momento da decisão. Constata-se a característica da atualidade²⁶⁵.

Por fim, o juiz terá de ter em conta as concretas circunstâncias do caso, mormente a ligação existente entre a relação jurídica e a *lex fori*. Aliás, como aponta Baptista Machado, “[d]a função assinalada à o.p. podemos já concluir que ela se flecte à curvatura concreta da situação, que leva em si uma medida que varia conforme as circunstâncias do caso”²⁶⁶. Reconhece-se, então, a característica da relatividade.

No nosso direito, o art. 22.º toma em consideração as hipóteses em que a lei estrangeira aplicável é absolutamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado português. Dispõe o n.º 1 do mencionado artigo que “[n]ão são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados

²⁶² Nas palavras de Anabela Gonçalves, “[m]esmo dentro de cada ordem jurídica, estamos perante uma realidade evolutiva, que vai adquirindo novas concretizações em função do progresso da ordem jurídica em que se integra, que não deixa de ser um fenómeno cultural, reflexo da sociedade a que se destina”. Cfr. ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado*, cit., p. 522. Igualmente, MARIA JOÃO MIMOSO/SANDRA C. SOUSA, *Nótulas de Direito Internacional Privado*, cit., p. 167.

²⁶³ MARIA JOÃO MIMOSO/SANDRA C. SOUSA, *Nótulas de Direito Internacional Privado*, cit., p. 169 e 170.

²⁶⁴ Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., pp. 406 e sgts.; MARIA JOÃO MIMOSO/SANDRA C. SOUSA, *Nótulas de Direito Internacional Privado*, cit., p. 169.

²⁶⁵ Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 411. Também, MARIA JOÃO MIMOSO/SANDRA C. SOUSA, *Nótulas de Direito Internacional Privado*, cit., p. 170.

²⁶⁶ BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª ed., reimpr., Coimbra, Almedina, 1992, p. 262.

pela norma de conflitos, quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português”. Nesta senda, quando a *lex causae* afronte de forma manifesta a ordem pública internacional do Estado português, o juiz deverá aplicar os preceitos da lei estrangeira mais adequados ou, subsidiariamente, as regras do direito interno português (n.º 2 do art.20.º).

Atentando no objeto do nosso estudo, e porquanto a *cppf* traduz um respaldo do princípio geral da boa-fé objetiva, a *lex causae* não será de aplicar quando dela não resulte a exigência de os ex-contratantes adotarem comportamentos probos, corretos e leais que, em face das circunstâncias do caso, deveriam por aqueles ser observados, sob pena de causarem prejuízos à contraparte²⁶⁷. Parece ser esmagadoramente maioritária a ideia de que o princípio da boa-fé se engloba na nossa reserva de o.p.i. A título de exemplo, e tal como se lê no Ac. do STJ, de 26/09/2017, no proc. n.º 1008/14.4YRLSB.L1.S1 (relator: Alexandre Reis)²⁶⁸, “[m]esmo que não seja possível determinar, a priori, o conteúdo da cláusula geral da ordem pública internacional, é latamente consensual a ideia de que o mesmo é enformado pelos princípios estruturantes da ordem jurídica, como são, desde logo, os que, pela sua relevância, integram a Constituição em sentido material, pois são as normas e princípios constitucionais, sobretudo os que tutelam direitos fundamentais, que não só enformam como também conformam a ordem pública internacional do Estado, o mesmo sucedendo com os princípios fundamentais do Direito da União Europeia e ainda com os princípios fundamentais nos quais se incluem os da boa-fé, dos bons costumes, da proibição do abuso de direito, da proporcionalidade, da proibição de medidas discriminatórias ou espoliadoras, da proibição de indemnizações punitivas em matéria cível e os princípios e regras basilares do direito da concorrência, tanto de fonte comunitária, quanto de fonte nacional”²⁶⁹. Tal resulta do disposto no art. 20.º, em conjugação com o art. 26.º do Regulamento Roma II: “[a] aplicação de uma disposição da lei de qualquer país designada pelo presente regulamento só pode ser afastada se for manifestamente incompatível com a ordem pública do foro”.

Repare-se que não se trata de criar um juízo de desvalor relativamente à *lex causae*. Como se viu, a o.p.i. não pode ser aplicada sem mais. Ela constituirá a *ultima ratio* de atuação, e apenas será chamada a intervir caso se verifique, no caso *decidendo*, um flagrante e manifesto atentado ao

²⁶⁷ A entender que a boa-fé constitui um princípio que cabe na nossa o.p.i. *vide*, por exemplo, Pereira Barrocas (nota de rodapé n.º 256).

²⁶⁸ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/894fdeda111f211d802581a70050acc6> (consultado a 15/11/2019).

²⁶⁹ Pode-se ler semelhante conclusão no Ac. do STJ, de 14/03/2017, no proc. n.º 103/13.1YRLSB.S1 (relator: Alexandre Reis), disponível em <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0f37a90ad754df8a802580e50051fa6d?OpenDocument> (consultado a 15/11/2019).

princípio da boa-fé. No mais, terá de ser possível assacar, à hipótese *sub judice*, uma estreita ligação entre as circunstâncias do caso, e o Estado português. Por outro lado, e uma vez afastada a *lex causae*, o juiz terá de perscrutar se no ordenamento estrangeiro em questão não se verifica uma solução compatível com o caso em concreto, estando-lhe vedado o imediato recurso à aplicabilidade do direito português. Tal acontecerá, somente, se na legislação estrangeira não for possível encontrar norma apropriada e compatível com a o.p.i. do Estado português.

Capítulo V – Aspetos particulares atinentes ao regime da responsabilidade civil pós-contratual por violação do princípio da boa-fé

Como amplamente consabido, a ilicitude traduz, na responsabilidade civil pós-contratual, uma desconformidade entre a conduta que deveria ter sido adotada e a conduta observada. Com efeito, o ex-contratante deveria ter observado um dever, e não o fez. Ou, em alternativa, o antigo contratante deveria ter-se absterido de um determinado comportamento, sendo que o realizou. Há, pois, desconformidade entre o dever que deveria ter sido observado pela parte e o comportamento que se constatou.

A violação de um dever lateral na fase pós-contratual terá como efeito fundamental a obrigação de indemnizar os prejuízos causados ao credor do dever.

No entanto, a mera violação do dever não acarreta, sem mais, a obrigação do devedor indemnizar o credor pelo prejuízo. Aliás, tal como acontece na responsabilidade civil contratual e extracontratual, torna-se necessário estarem reunidos vários pressupostos. Na medida em que, como vimos, defendemos que a responsabilidade civil pós-contratual se reconduz a um modelo híbrido, importa proceder a uma análise dos aspetos centrais, ou melhor dizendo, dos aspetos particulares atinentes à responsabilidade civil por violação de deveres pós-contratual, o que se fará em seguida.

1. O ónus da prova

Decorre do art. 342.º que “[à]quele que invocar um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado”. Por seu turno, os factos tendentes a impedir, modificar ou extinguir o direito invocado deverão ser provados pelo interessado (n.º 2 do art. 342.º).

Com efeito, ao autor caberá alegar e provar os factos que sustentam a sua pretensão. Já o réu²⁷⁰, sujeito interessado em ver o direito invocado pelo autor impedido, modificado ou extinto – ónus de exceção – deverá alegar e provar os factos que darão procedência à sua exceção. Como ensina Pais do Amaral, “[o]s factos que servem de fundamento à ação são os factos constitutivos. [o] autor propõe a ação para fazer valer certo direito de que se arroga contra o réu”. Nesse sentido, cabe ao autor

²⁷⁰ Ou ao autor reconvinido.

“demonstrar que é titular desse direito, invocando determinada norma legal que reconhece o direito e provando os factos de que a norma faz depender a sua existência”²⁷¹. De outro modo, a alegação dos factos que podem impedir, extinguir ou modificar o direito do autor cabe ao réu²⁷².

Se, porventura, o réu conseguir, mediante contraprova, criar dúvida no juiz quanto aos factos constitutivos do direito do autor, a decisão será, em princípio, desfavorável a este, porquanto o juiz decide contra a parte a quem cabia o ónus de provar o facto (art. 346.º). De outra sorte, se o autor conseguir criar dúvida, mediante contraprova, dos factos impeditivos, extintivos ou modificativos invocados pelo réu, a decisão será resolvida a favor do autor.

Não obstante, e como realça Lebre de Freitas, ter o ónus da prova não implica que apenas à parte seja legítimo produzir prova acerca deste ou daquele facto. Assim, nada impede que o réu produza prova acerca de um facto constitutivo do autor. O juiz, officiosamente, também poderá produzir prova. Agora, ónus da prova significa que é desejável a parte a quem incumbe o ónus ter a iniciativa de a carrear para o processo²⁷³.

De outra sorte, poderá suceder que o juiz tenha dúvida acerca da realidade de um determinado facto, insuscetível de superação. Nesse caso, o problema será resolvido à luz do art. 414.º do CPC: “[a] dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita”.

Contudo, outras vicissitudes poderão surgir como exceções à regra geral do art. 342.º (art. 344.º).

Temos, primeiramente, as designadas presunções legais (art. 349.º e 350.º). A presunção legal constitui uma ilação que a lei retira de um facto conhecido para sustentar um facto desconhecido. Este facto desconhecido, pese embora seja presumido, pode ser ilidido pela parte cujo facto a desfavorece, a menos que resulte da lei o contrário (n.º 2 do art. 350.º).

Por outro lado, a lei prevê, outrossim, a dispensa ou liberação legal ou convencional do ónus da prova (n.º 1 do art. 344.º e art. 345.º). A dispensa ou liberação legal do ónus da prova permite a obtenção de um resultado probatório sem necessidade de qualquer atividade probatória que confirme o

²⁷¹ PAIS DE AMARAL, *Direito Processual Civil*, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013, p. 303.

²⁷² PAIS DE AMARAL, *ibidem*.

²⁷³ LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa Comum à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 210 e 211.

resultado²⁷⁴. Tal acontecerá, por exemplo, perante a confissão (art. 352.º). Podem as partes, mediante acordo, inverter o ónus da prova relativamente a direitos disponíveis, a menos que a inversão convencional torne excessivamente difícil à parte exercer o seu direito. No âmbito da responsabilidade civil pós-contratual, a dispensa ou liberação convencional não será de colher, atendendo a que as partes não reduzem a escrito os deveres que lhes acompanharão na fase posterior ao contato. Aliás, a assim ser, a violação desse dever não originaria responsabilidade civil pós-contratual, mas sim responsabilidade civil contratual, na medida em que as partes reconduziriam o dever lateral a um verdadeiro dever de prestar.

Por fim, poderá suceder inversão do ónus da prova quando a parte tiver culposamente tornado impossível a prova do sujeito que se encontra onerado (n.º 2 do art. 344.º).

Levadas a cabo estas notas introdutórias, vejamos então algumas questões inerentes ao ónus da prova na responsabilidade civil pós-contratual.

1.1 A existência do dever

Para que seja possível efetivar a responsabilidade civil pós-contratual, em causa estará a violação de um dever derivado da boa-fé.

Acontece, porém, que a parte lesada, antes de demonstrar a violação de um qualquer dever, terá de alegar e provar que, em face das circunstâncias, o dever de comportamento pós-contratual era exigível.

Nestes termos, caberá à credora do dever o ónus da alegação e da prova da existência do dever, na medida em que a exigibilidade do dever de comportamento constitui um facto constitutivo do direito à indemnização (n.º 1 do art. 342.º)²⁷⁵.

²⁷⁴ LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa Comum à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, cit., p. 208.

²⁷⁵ Acerca do ónus da prova quanto à existência do dever lateral, vide CARNEIRO DA FRADA, *Os Deveres (dítos) "Acessórios" e o Arrendamento*, cit., p. 257. No que diz respeito, por exemplo, ao ónus da prova da existência do dever pré-contratual de informação, vide EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, cit., p. 200 e sgts.

1.2 O seu cumprimento

Sendo o dever exigível, importará saber, então, se o dever foi cumprido ou não, ou se o foi cumprido defeituosamente.

Ora, é sabido que o cumprimento da obrigação é uma causa de extinção das obrigações²⁷⁶. É certo que o dever lateral, já o dissemos, não configura uma obrigação em sentido estrito. No entanto, também já realçamos *supra* que a sua natureza não é assim tão distante. Por outro lado, o interessado na prova do cumprimento do dever – o devedor – é precisamente aquele que se encontra em condições de provar a extinção do dever pelo cumprimento, e a quem a prova do cumprimento aproveita²⁷⁷.

Nesse sentido, e sendo o cumprimento um facto extintivo do dever de consideração, será de aplicar a regra geral prevista no n.º 2 do art. 342.º: caberá ao devedor alegar e provar, porque se trata de um facto extintivo, o cumprimento do dever.

Ainda nesta sede, poderá acontecer que o devedor cumpra o dever, mas o faça de forma defeituosa. Existe, pois, um cumprimento defeituoso do dever de conduta. A quem caberá o ónus de prova do cumprimento defeituoso? Ora, neste caso, o facto que trouxe prejuízo ao credor já não foi a falta de cumprimento, antes sim o cumprimento defeituoso do dever. Nesse sentido, o cumprimento defeituoso será um facto constitutivo do direito à indemnização, e, como tal, deverá ser alegado e provado pelo autor (n.º 1 do art. 342.º). Assim, a este caberá alegar e provar a exigibilidade do dever, por um lado, como deverá alegar e provar que houve, por parte do réu, um cumprimento defeituoso²⁷⁸.

1.3 A culpa

Como sabemos, a culpa constitui um pressuposto da responsabilidade civil em geral.

Como ensina Antunes Varela, agir com culpa significa que o sujeito adotou uma conduta “pessoalmente censurável ou reprovável”²⁷⁹. Essa conduta censurável ou reprovável pode ter sido

²⁷⁶ Tal como consta do título do Capítulo VIII do Livro II Código Civil o seguinte: “Causas de extinção das obrigações além do cumprimento”.

²⁷⁷ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, cit., p. 205.

²⁷⁸ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, cit., p. 206.

²⁷⁹ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., vol. II, p. 97

levada a cabo por negligência ou por dolo. Na primeira hipótese, a conduta do sujeito é censurável ou reprovável porque este não agiu com a devida diligência ou com o zelo que lhe eram exigíveis, por forma a evitar o resultado. No dolo, o sujeito sabe que a conduta adotada é ilícita, conhece o efeito da sua conduta, mas, no entanto, aceita ou pretende o resultado obtido²⁸⁰.

Por outro lado, nos termos do n.º 2 do art. 799.º a culpa do devedor é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil. Ou seja, a culpa é apreciada pela diligência de um bom pai de família perante as circunstâncias do caso, tal como resulta do n.º 2 do art. 487.º.

Nesse sentido, a culpa e os factos que a integram constituem factos constitutivos do direito à indemnização. Assim o é na responsabilidade civil aquiliana, onde incumbe ao lesado provar que o lesante agiu com culpa. No entanto, na responsabilidade civil contratual, a lei presume a culpa do lesante (art. 799.º, n.º 1). Ou seja, constata-se, pois, uma exceção à regra geral do art. 342.º, n.º 1, tendo o lesado a seu favor uma presunção legal (n.º 1 do art. 350.º).

Defendendo nós que a responsabilidade civil pós-contratual não se reconduz a nenhuma das responsabilidades-tipo, configurando um modelo híbrido que bebe de ambas as responsabilidades, importa saber se será de aplicar à *cppf* a presunção, ou não, de culpa do lesante.

Como escreve Antunes Varela, a presunção de culpa na responsabilidade civil contratual justifica-se pelo facto de o dever infringido se encontrar concretizado, individualizado ou personalizado²⁸¹. Pelo contrário, na responsabilidade civil extracontratual estamos perante contactos sociais indiferenciados, onde não se justifica que o lesante parta para a ação com este ônus.

Ora, no que à *cppf* diz respeito, a exigibilidade do dever não resulta de contactos sociais indiferenciados como já havemos dito, mas sim de uma proximidade entre as ex-partes onde o dever de conduta se encontra, no momento da sua concretização e, por conseguinte, da sua violação, *individualizado ou personalizado*. Assim, entendemos que na responsabilidade civil pós-contratual deverá ser aplicado o n.º 1 do art. 799.º.

Depois, porque associada à ideia de presunção de culpa, se encontra também uma ideia de resultado: o credor espera, através da prestação do devedor, um determinado efeito. Naturalmente, a ordem jurídica impõe os deveres pós-contratuais para olvidar a que as partes, em virtude do que se

²⁸⁰ ANTUNES VARELA, *ibidem*.

²⁸¹ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral, cit.*, vol. II, p. 101.

possa designar por “cumprimentos vazios”, criem vicissitudes no resultado obtido com o contrato. Nesse sentido, a ideia de manutenção de um *status quo* atinente ao resultado obtido pelo contrato, depõe a favor da aplicabilidade da presunção de culpa.

Com efeito, o credor do dever – entenda-se, o autor – está liberto, está dispensado, de provar a culpa do devedor – réu –, cabendo a este alegar e provar as causas justificativas do não cumprimento do dever. No mais, o devedor estará em melhores condições de afastar a sua culpa, pois ele conhecerá melhor das causas justificativas para o não cumprimento do dever²⁸².

2. Responsabilidade por atos de outrem

O regime da responsabilidade civil contratual por atos de outrem encontra-se plasmado no art. 800.º: “[o] devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor”.

Este agravamento da responsabilidade do devedor, relativamente ao que vigora no regime da responsabilidade civil aquiliana, justifica-se, também, pela ligação existente entre os sujeitos. Já que o devedor colhe dos resultados positivos dos seus auxiliares, deverá também assumir os riscos das suas atuações²⁸³.

Assim, dever-se-á aplicar a responsabilidade civil objetiva do devedor aos casos de *cppf*. Não se exige, assim, a existência de subordinação entre o devedor e auxiliar, como acontece na responsabilidade civil extracontratual (prevista no art. 500.º), pois que o devedor responde *como se tais atos fossem praticados* por ele. Não tendo os auxiliares agido com culpa, em princípio o devedor não responderá, por falta de um pressuposto da responsabilidade civil. Neste caso, o ónus da prova de falta de culpa do terceiro/auxiliar caberá, naturalmente, ao devedor. No entanto, o devedor responderá igualmente caso tenha agido com culpa na escolha do auxiliar, nas instruções dadas ou na forma como cuidou da atividade²⁸⁴. Importa sublinhar que não há direito de regresso entre o devedor e o terceiro,

²⁸² CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, p. 193. Semelhante conclusão, no âmbito da responsabilidade civil pré-contratual por violação dos deveres de informação, retira EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, cit., pp. 207 e 208.

²⁸³ CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, cit., pp. 213 e sgts.

²⁸⁴ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., vol. II, p. 104.

podendo existir, tão-só, uma eventual responsabilidade civil contratual, se entre o devedor e o terceiro/auxiliar existir uma obrigação em sentido técnico de cumprir a obrigação²⁸⁵.

3. O dano indemnizável

Um requisito geral de toda a responsabilidade civil é o dano.

Aliás, é, pois, o prejuízo causado ao lesado após a extinção do vínculo contratual, por violação de deveres emanados da boa-fé, que se pretende ressarcir pelo reconhecimento da *cpcf*. Com efeito, no âmbito da responsabilidade civil pós-contratual, o lesado terá de ter prejuízo com a conduta do ex-contratante, para que possa ser possível efetivar a responsabilidade civil do lesante.

Assim, importa conhecer da natureza e da extensão dos danos indemnizáveis ao abrigo da *cpcf*.

3.1 O interesse contratual negativo e o interesse contratual positivo

No âmbito da responsabilidade civil contratual, discute-se e distingue-se na doutrina e na jurisprudência acerca dos objetivos do ressarcimento. Por um lado, pode entender-se que o ressarcimento visa colocar o lesado na situação em que se encontraria caso não tivesse subscrito o contrato. De outra sorte, o objetivo poderá passar por ser o de colocar a parte lesada em circunstâncias análogas às que se encontraria se o contrato houvesse sido cumprido. Na primeira hipótese, estamos perante aquilo que vem sendo designado por *interesse contratual negativo*, ao passo que na segunda a indemnização visaria o *interesse contratual positivo*²⁸⁶.

A esse propósito, o n.º 2 do art. 801.º dispõe: “[t]endo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro”. Significa isto que a resolução não impede o direito à indemnização.

²⁸⁵ ANA PRATA, *Código Civil Anotado*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2017, p. 1001.

²⁸⁶ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, cit.*, vol. IX, p. 940.

Com efeito, perante o incumprimento, abrem-se duas hipóteses ao lesado: mantém o interesse na prestação, e exige uma indemnização por incumprimento, não recorrendo, por isso, à resolução, ou resolve o contrato, liberta-se da sua prestação – já que a resolução tem efeitos que se aproximam dos da nulidade e da anulabilidade – e peticiona uma indemnização por danos pela não conclusão do contrato.

A questão que se coloca, nesta sede, é saber se é possível, em caso de resolução, o lesado ser ressarcido pelo interesse contratual positivo. Tradicionalmente, a possibilidade de cumulação da resolução com a indemnização pelo interesse contratual positivo era esmagadoramente rejeitada. Assim, e a título de exemplo, Galvão Telles entendia que, em caso de resolução, o lesado apenas poderia ver ressarcido o interesse contratual negativo²⁸⁷. Do mesmo lado da barricada surge-nos, outrossim, Antunes Varela. Entende o autor que, perante a resolução do contrato, o contraente fiel apenas poderia aspirar a uma indemnização pelo interesse contratual negativo ou de confiança²⁸⁸. Não obstante, esta posição veio a ser contestada por Baptista Machado, que entendia que o direito de resolução não precludia o direito à indemnização pelo cumprimento²⁸⁹.

Modernamente, alguma doutrina sufraga do mesmo entendimento²⁹⁰, assim como a Jurisprudência dos nossos tribunais superiores²⁹¹. Aliás, a este propósito, Menezes Cordeiro tem sido um crítico fervoroso quanto à limitação das indemnizações. Entende o ilustre tratadista que “[o] direito à indemnização é ressalvado sem limitações, com ênfase, sendo mesmo anteposto à resolução”²⁹², chegando mesmo a afirmar que não vê vantagem alguma em *conceitualizar* esta questão, nem engendrar esquemas que reduzam as já simbólicas indemnizações arbitradas pelos nossos tribunais”²⁹³. Por outro lado, Mota Pinto dá-nos conta que a doutrina tradicional portuguesa que sustenta a inadmissibilidade da cumulação da resolução com a indemnização pelo interesse contratual positivo “constitui uma exceção, ao arrepio dos desenvolvimentos internacionais e superada há mais

²⁸⁷ GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações, cit.*, pp. 462 e 464.

²⁸⁸ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral cit.*, vol. II, p. 109.

²⁸⁹ BAPTISTA MACHADO, «A Resolução por Incumprimento e a indemnização», in J. Baptista Machado, *Obra dispersa*, vol. I, Braga, Scientia Iuridica, 1991, pp. 195 e sgts.

²⁹⁰ A título de exemplo *vide* ANA PRATA, *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 479 a 495; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 197 e sgts.

²⁹¹ Assim, no acórdão do STJ, de 12/02/2018, no proc. 7461/11.0TBCSC.L1.S1 (Relator: Tomé Gomes), pode-se ler: “[n]o quadro dos desenvolvimentos mais recentes da doutrina e da jurisprudência, é de considerar, em tese, admissível a cumulação da resolução do contrato com a indemnização dos danos por violação do interesse contratual positivo, não alcançados pelo valor económico das prestações retroativamente aniquiladas por via resolutive, sem prejuízo da ponderação casuística a fazer, à luz do princípio da boa fé, no concreto contexto dos interesses em jogo, mormente em função do tipo de contrato em causa, de modo a evitar situações de grave desequilíbrio na relação de liquidação ou de benefício injustificado por parte do credor lesado”, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1b2ca66d6c1d5b3280258236005d8d14?OpenDocument> (consultado a 17/09/2019).

²⁹² MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, cit.*, vol. IX, p. 939.

²⁹³ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, cit.*, vol. IX, p. 943.

ou menos tempo na maioria dos direitos que nos são mais próximos”²⁹⁴. Considera o autor que a orientação tradicional não é justificada no plano do direito positivo, atendendo a que a letra do art. 801.º, n.º 1, refere a expressão “independentemente do direito à resolução”, acrescentando que “[o] cerne da argumentação dessa posição tem, efetivamente, estado nos efeitos *ex tunc* da resolução, que não só tornariam objectivamente contraditória a emergência de uma pretensão indemnizatória pelo interesse no cumprimento com base num contrato que foi destruído, como fundamentam a objecção dirigida subjectivamente ao credor de que ele optou por destruir o contrato, não podendo coerentemente querer fazê-lo valer por via indemnizatória”²⁹⁵. Conclui o autor, após um contraditório extenso dos argumentos em que se apoia a doutrina tradicional, que “partindo do direito comparado, sem quaisquer óbices (e, antes, com alguns apoios) no plano do nosso direito positivo, e, decisivamente, considerando o sentido e alcance da retroactividade da resolução e a função e finalidade, como reacção sinalagmática a uma situação de não cumprimento, que nada obsta entre nós (e já *de jure constituto*) a que o credor que resolve o contrato reclame igualmente uma indemnização pelo interesse positivo, no cumprimento, numa posição que constitui também um incentivo à protecção do credor e à circulação, permitindo àquele libertar-se do contrato sem ter para tal que renunciar aos lucros frustrados pelo não cumprimento”²⁹⁶.

Por banda da *cic*, a questão também não tem passado incólume. Inicialmente, e na senda do conhecidíssimo trabalho de Jhering, com grande clareza se entendeu que “o dano a ressarcir coincide não com o interesse à execução, isto é, com o interesse positivo, mas sim com o interesse à não conclusão do contrato, ou seja, com o interesse negativo”²⁹⁷. Oliveira Ascensão é, também, perentório ao afirmar que a indemnização se fará pelo interesse contratual negativo²⁹⁸. Ainda, Antunes Varela, pese embora se refira à responsabilidade pré-contratual por rutura das negociações, defende que “[o] interesse que o faltoso tem de ressarcir é sempre, porém, quando tenha havido ruptura injustificada do contrato, o chamado interesse contratual negativo”²⁹⁹.

Atentando na responsabilidade civil pré-contratual, e a título de exemplo, Menezes Cordeiro rejeita a existência de uma limitação, que reputa por meramente conceitual³⁰⁰. Para o autor, se alguém viola, *in contrahendo*, um dever pré-contratual, deve indemnizar nos termos gerais, ou seja, deve

²⁹⁴ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. II, Coimbra, Coimbra editora, 2009, p. 1639.

²⁹⁵ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, cit., p. 1644.

²⁹⁶ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, cit., p. 1654.

²⁹⁷ FRANCESCO BENATTI, *A Responsabilidade Civil Pré-Contratual*, cit., p. 166.

²⁹⁸ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, cit., p. 374. De igual modo, Galvão Telles defende que o lesado terá direito a ser ressarcido apenas pelo interesse contratual negativo (GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 77 e 78).

²⁹⁹ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., vol. I, p. 271.

³⁰⁰ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, cit., vol. IX, p. 942.

indemnizar todos os danos que tenha causado, sem que se verifique, à partida, qualquer limitação que, a existir, deverá surgir pela análise do caso em concreto, e não de antemão³⁰¹. Também Rita Amaral Cabral, referindo-se às hipóteses em que, muito embora o lesante tenha incorrido em responsabilidade pré-contratual, o contrato não padece de qualquer vício que comine numa invalidade, apenas configurando um contrato desvantajoso para o lesado, entende que não faz sentido o ressarcimento pelo interesse contratual negativo³⁰².

A questão do *quantum* indemnizatório na fase pré-contratual foi bastante desenvolvida, também, por Mota Pinto. Assim, e a título de exemplo, entende o autor, referindo-se à hipótese de celebração de um contrato nulo, que o lesado deveria ser colocado na posição em que estaria se o contrato não tivesse sido celebrado. Por conseguinte, o lesado seria ressarcido pelo interesse contratual negativo³⁰³, a menos que a nulidade do negócio tivesse sido provocada por uma das partes, com o objetivo de se prevalecer desse facto posteriormente. Nesta hipótese, e segundo o autor, o lesado estaria protegido pelo instituto do abuso do direito (art. 334.º). Ou seja, o contrato seria de manter, pelo que, verdadeiramente, não haveria dano³⁰⁴. Semelhante conclusão é retirada pelo autor quando se está perante um contrato ineficaz. Assim, “[t]ambém quando não está em causa propriamente uma nulidade resultante da ilicitude do objecto negocial, mas antes uma ineficácia por falta de uma autorização (ou de outra formalidade) legalmente exigida de forma imperativa, a indemnização deverá corresponder, em regra, ao interesse contratual negativo”³⁰⁵. No entanto, e pensando nas hipóteses em que o lesante rompe as negociações quando já se constate a existência de um verdadeiro dever de contratar, Mota Pinto é do entendimento de que o lesado deverá ser ressarcido pelo interesse contratual positivo, podendo *inclusive* exigir a celebração do contrato (art. 566.º), quando tal se afigure possível³⁰⁶. Pode, todavia, suceder que o contrato que venha a ser celebrado seja válido, sendo certo, porém, que uma das partes violou deveres de informação pré-contratuais, colocando o lesado numa posição de desvantagem contratual. Nestas hipóteses, entende o autor que

³⁰¹ MENEZES CORDEIRO, *ibidem*.

³⁰² RITA AMARAL CABRAL, «A Responsabilidade por Prospecto e a Responsabilidade Pré-Contratual – anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral, de 31 de Março de 1993», in MENEZES CORDEIRO/RITA AMARAL CABRAL, *Aquisição de Empresas – Vícios na Empresa Privatizada – Responsabilidade pelo Prospecto – Culpa “in contrahendo” – Indemnização (Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 31 de Março de 1993)*, Lisboa, Ordem dos Advogados, p. 134.

³⁰³ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, cit., p. 1208. O autor, apoiando-se nos arts. 898.º, 899.º, 908.º e 909.º, considera que a lesão tem que ver com própria celebração do contrato: “[q]uanto, depois, às ilações que se pode extrair do regime destas normas para as consequências jurídicas da responsabilidade pré-contratual, dir-se-á, em síntese, que o legislador mostrou nelas ter tirado consequências da invalidade – melhor, da nulidade e da anulação – do negócio(...), não o impedindo da eficácia do negócio, ou a causação da invalidade, mas logo na sua própria celebração, justamente por isso prevendo que o lesado deve ser colocado na situação em que estaria se o contrato não tivesse sido celebrado, e não naquela em que estaria se o contrato fosse válido e eficaz”. (PAULO MOTA PINTO, *ibidem*).

³⁰⁴ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, cit., pp. 1260 e 1261.

³⁰⁵ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, cit., p. 1230 e sgts.

³⁰⁶ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, cit., p. 1347.

se deverá indemnizar o dano negativo³⁰⁷. Contudo, se da violação pré-contratual por deveres de informação resultou um contrato mais vantajoso para o lesado, Mota Pinto refere que o ressarcimento é qualificado, nas mais das vezes, como correspondente ao interesse contratual positivo. O autor afasta-se desse entendimento, embora mencione tratar-se de um problema terminológico: “o que importa agora notar é que, a querer falar-se de um interesse contratual positivo, sempre haveria que notar que se não há aqui qualquer ‘correspondência à confiança’ do lesado, e que se trataria de um interesse positivo relativo à conclusão de um outro negócio – isto é, de um negócio com um conteúdo diverso daquele que foi efetivamente celebrado”³⁰⁸.

Eva Sónia Moreira acaba por seguir o mesmo raciocínio. Por exemplo, partindo da regra geral do art. 562.º, defende que no caso de rutura das negociações, o que obriga à reparação do dano é a criação das expectativas que deram azo a determinadas despesas com as negociações e a eventuais perdas de oportunidade de negócio. Nesse sentido, e sendo perfeitamente lícita a não celebração do contrato pelo lesante, corolário do princípio da liberdade contratual, o lesado apenas poderá desejar uma indemnização pelo interesse contratual negativo³⁰⁹. Não obstante, e quando já se verifique um verdadeiro dever de celebrar o negócio, o lesante deverá ressarcir o lesado pelo interesse contratual positivo³¹⁰. Vejamos uma outra hipótese apontada pela autora. Quando o lesado se depare com um negócio nulo ou ineficaz, apenas será ressarcido pelo dano negativo³¹¹. Não obstante, se a nulidade for motivada pela parte prevaricadora, com o objetivo de a invocar mais tarde, “a invocação da nulidade poderá ser afastada com recurso ao instituto do abuso do direito, em algo que se assemelha a uma indemnização pelo interesse contratual positivo³¹². No essencial, Eva Sónia Moreira entende que são de aplicar à responsabilidade civil pré-contratual as regras gerais que, porventura, até levarão à indemnização pelo dano negativo em grande parte das situações. Todavia, postula a ideia de que não se pode *partir do fim*, pois que “[a]s normas gerais é que hão-de ditar o resultado”, devendo-se atentar no caso em concreto³¹³.

Como sabemos, não resulta da lei qualquer disposição que afira do regime a aplicar em sede de *culpa post pactum finitum*. Por conseguinte, entendemos que nada obsta à aplicabilidade do regime geral, previsto no art. 562.º, que, aliás, é comum à responsabilidade civil contratual e à aquiliana.

³⁰⁷ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, cit., pp. 1382 e 1383.

³⁰⁸ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, cit., p. 1413.

³⁰⁹ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, «De Novo os Danos Indemnizáveis em Sede de Responsabilidade Pré-Contratual», *Cadernos de Direito Privado*, número especial sobre o II Seminário dos Cadernos de Direito Privado, n.º 2, Dezembro de 2012, pp. 100 e 101.

³¹⁰ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, «De Novo os Danos Indemnizáveis em Sede de Responsabilidade Pré-Contratual», cit., p. 101.

³¹¹ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, «De Novo os Danos Indemnizáveis em Sede de Responsabilidade Pré-Contratual», cit., p. 102.

³¹² EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, «De Novo os Danos Indemnizáveis em Sede de Responsabilidade Pré-Contratual», cit., *ibidem*.

³¹³ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, «De Novo os Danos Indemnizáveis em Sede de Responsabilidade Pré-Contratual», cit., p. 106.

No âmbito da responsabilidade civil pós-contratual não se colocam as questões que criam “ruído” em sede de responsabilidade civil pré-contratual. Afinal, o contrato é válido, é eficaz, já produziu os seus efeitos, tanto mais que já cessou.

Efetivamente, dispõe o art. 562.º que “[q]uem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”. Perante a leitura deste artigo, assim como perante o n.º 2 do art. 801.º, não se vislumbra que o legislador tenha limitado a indemnização. Nesse sentido, não parece razoável que o interprete o faça, pelo menos *ab initio*. Tudo dependerá, julgamos, de uma avaliação centrada no caso em concreto. Peguemos em alguns exemplos.

No caso das vistas, a autora adquiriu um terreno para construção; foi-lhe assegurado pelo vendedor que não haveria construções na vizinhança; o objetivo da autora, naturalmente, era assegurar a vista sobre o monte; o vendedor, após a cessação do contrato, adquiriu o terreno confinante e procede a edificações que lesaram as vistas da autora. No caso dos casacos, a autora encomendou aos réus um modelo de casaco; após, os mesmos réus forneceram, sem consentimento da autora, o mesmo modelo a entidade concorrente, inundando o mercado com o modelo do casaco. Imaginemos, ainda uma outra hipótese. *A*, senhorio, arrenda a *B*, arrendatário, um espaço; *B* dedica-se, naquele espaço, ao exercício da atividade laboratorial de análises clínicas; o contrato tem a duração de 10 anos; após, *A* recusa que seja afixada na montra a informação acerca da nova morada de *B*; em virtude, *B* acaba por perder alguns dos seus clientes habituais. *Quid juris?*

No primeiro e segundo casos, a violação do dever pós-contratual periclitou o objeto do contrato. No terceiro caso, a violação do dever pós-contratual – dever de lealdade – pese embora não tenha reduzido as vantagens trazidas pelo contrato de arrendamento para fins não habitacionais, causou danos na esfera patrimonial do ex-arrendatário. Todos os contratos são válidos, eficazes, pontualmente cumpridos e já cessados. Destarte, pergunta-se: em que posição estariam os lesados caso tivessem sido cumpridos os deveres pós-contratuais? No primeiro caso, a autora teria mantido as vistas sob o monte, não originando, por hipótese, a desvalorização do seu imóvel. No segundo caso, a autora não teria sofrido prejuízos com a concorrência. Na terceira hipótese, *B* não teria perdido os seus clientes habituais.

Ora, em todos os casos, a indemnização deverá abranger o dano positivo. Ou seja, pretende-se colocar o lesado na situação em que estaria se o dever pós-contratual tivesse sido cumprido. Aliás,

perante uma hipótese de *cppf*, não parece fazer qualquer sentido – porquanto o contrato foi pontual cumprido e já findou – colocar o lesado na situação em que se encontraria se o contrato nunca tivesse sido celebrado. Afinal, e volte-se a frisar, o contrato foi celebrado, era válido, produziu todos os seus efeitos, e já cessou.

Nestes casos, a indemnização não visará, em sede de responsabilidade civil pós-contratual, reconstituir o *statu quo ante*³¹⁴. Pelo contrário. A indemnização visará a recuperação, por parte do lesado, do que perdeu, pela ação ou omissão pós-contratual do lesante, que corresponderá ao dano positivo.

3.2 Reparação de danos patrimoniais e não patrimoniais

A questão da reparação de danos patrimoniais e de danos não patrimoniais, no âmbito da *cppf*, não acarreta grandes controvérsias.

O dano patrimonial consubstancia-se numa lesão dos interesses patrimoniais do lesado. Há, pois, um revés no património do lesado que pode consubstanciar-se numa diminuição do seu património e/ou num não aumento daquele. Por seu turno, os danos não patrimoniais têm que ver com aquelas espécies de danos insuscetíveis de avaliação pecuniária, como sejam as dores físicas, os sofrimentos psíquicos advindos da lesão, entre outros³¹⁵.

Em sede de *cppf*, são ressarcidos, quer os danos patrimoniais, como os danos não patrimoniais. Poder-se-ia suscitar, eventualmente, alguma questão quanto aos danos não patrimoniais. Aliás, como refere Antunes Varela, tradicionalmente havia quem entendesse que os danos morais apenas seriam atendíveis em sede de responsabilidade civil aquiliana³¹⁶. Não obstante, hoje esse entendimento é de rejeitar, na medida em que, da interpretação dos arts. 798.º e 804.º, n.º 1, não se retira qualquer distinção entre ambas as categorias de danos³¹⁷. Obviamente que, mesmo no âmbito da *cppf*, só serão atendíveis os danos que, pela gravidade, mereçam a tutela do direito (n.º 1 do art. 496.º).

³¹⁴ Expressão retirada de MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, cit.*, vol. IX, p. 937.

³¹⁵ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral, cit.*, vol. I, pp. 598 e sgts.

³¹⁶ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral, cit.*, vol. I, p. 605.

³¹⁷ Vide, a título de exemplo, na Jurisprudência, o Ac. do STJ, de 24/01/2012, no proc.540/2001.P1.SI (relator: Martins de Sousa), disponível em <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/32b619fcf61df70b802579920042768c> (consultado a 17/09/2019). Na doutrina, por todos, GALVÃO TELLES, *op. cit.*, 339 e sgts.

3.3 Danos emergentes e lucros cessantes

De entre os danos patrimoniais, pode acontecer que o lesado, em virtude da violação do dever pós-contratual, venha a ter uma perda no seu património. Esta perda designa-se de dano emergente. Concretizando, verifica-se, pois, um “prejuízo imediato sofrido pelo lesado”³¹⁸. No entanto, o dano patrimonial pode consubstanciar-se numa privação de lucro. A este dano designa-se de lucro cessante. Materializando, este tipo de dano “abrange os benefícios que o lesado deixou de obter por causa do facto ilícito”³¹⁹.

Ora, na medida em que a indemnização se dá nos termos gerais previstos no art. 562.º, sendo de colocar o lesado na situação em que se encontraria, não fosse a lesão, nada obsta à possibilidade do ex-contratante se ver ressarcido, quer pelos danos emergentes, quer pelos lucros cessantes.

3.4 Os danos puramente patrimoniais

Danos puramente económicos ou danos economicamente puros são aqueles que se traduzem numa perda económica sem que tenha existido a afetação de uma posição jurídica absolutamente protegida³²⁰.

A questão vem sendo estudada na doutrina por suscitar algumas questões quanto à possibilidade de este tipo de danos serem ressarcidos no âmbito da responsabilidade civil extracontratual.

Nos ensinamentos de Carneiro da Frada e Maria João Vasconcelos, “em sede de responsabilidade civil obrigacional, prevista nos arts. 798.º e seguintes do Código Civil, a indemnizabilidade de danos patrimoniais puros não suscita dúvidas segundo a natureza do interesse afectado”³²¹. Pese esse facto, na responsabilidade civil extracontratual a questão já não será tão evidente, na medida em que a “violação de direitos subjectivos de outrem, enquanto previsão básica de responsabilidade civil delitual, tem essencialmente em vista a lesão de posições jurídicas

³¹⁸ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil, cit.*, pp. 114 e 115.

³¹⁹ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral, cit.*, vol. I, p.599.

³²⁰ CARNEIRO DA FRADA/MARIA JOÃO VASCONCELOS, «Danos economicamente puros – Ilustração de uma problemática», em AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora (2006), pp.161 e 162.

³²¹ CARNEIRO DA FRADA/MARIA JOÃO VASCONCELOS, «Danos economicamente puros – Ilustração de uma problemática», *cit.*, p.162.

absolutamente protegidas”³²², pelo que, apenas é de admitir o ressarcimento de danos puramente económicos quando tiver sido violada uma norma de proteção ou disposição destinada a proteger interesses alheios, quando exista previsão específica que contemple este tipo de danos – como seja a norma do art. 8.º do DL n.º 147/2008, de 29 de Julho –, ou quando se verifique abuso do direito (evidentemente, quando do abuso resulte responsabilidade civil). Diga-se que, quanto à questão do abuso do direito, há quem entenda que se deverá incluir a hipótese de *gozo da liberdade geral de agir*³²³. Em todo o caso, resulta que na responsabilidade civil aquiliana, a possibilidade de ressarcimento deste tipo de danos apenas se afigura possível em situações restritas³²⁴.

In casu, e sendo de aplicar à responsabilidade de que nos ocupamos o regime geral dos arts. 562.º e seguintes, não se constata qualquer justificação para afastar a possibilidade do ressarcimento de danos puramente económicos em sede de *cppf*³²⁵.

3.5 A redução equitativa da indemnização

Dispõe o art. 494.º que “[q]uando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias o justifiquem”.

Ora, esta norma permite a redução da indemnização, a requerimento do lesante, em hipóteses de mera culpa. No entanto, este normativo legal apenas é aplicável quando seja chamada à colação a responsabilidade civil extracontratual³²⁶.

Com efeito, haverá redução equitativa da indemnização no âmbito da responsabilidade civil pós-contratual?

Julgamos que a resposta deverá ser negativa. A norma do art. 494.º pressupõe, parece-nos, uma relação entre os agentes totalmente indiferenciada, que contrasta com o grau de proximidade

³²² CARNEIRO DA FRADA/MARIA JOÃO VASCONCELOS, «Danos economicamente puros – Ilustração de uma problemática», *cit.*, p. 163.

³²³ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, *cit.*, p. 547. Rejeitando esta possibilidade, CARNEIRO DA FRADA/MARIA JOÃO VASCONCELOS, «Danos economicamente puros – Ilustração de uma problemática», *cit.* p.165.

³²⁴ Assim, PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, *cit.*, vol. I, pp. 550 e 551.

³²⁵ A título de exemplo, CARNEIRO DA FRADA, *Forjar o Direito*, *cit.*, p. 165.

³²⁶ ANA PRATA, *Código Civil Anotado*, *cit.*, p. 642.

existente entre as partes. Este grau de proximidade entre as partes, ainda que seja posterior à extinção do contrato, depõe contra a aplicabilidade da norma aos casos de *cppf*.

4. A prescrição

A prescrição (*praescriptio*) tem como fundamento essencial o reconhecimento pela ordem jurídica da repercussão do tempo nas relações jurídicas³²⁷.

Como sabemos, e aliás já o referimos *supra*, na responsabilidade civil extracontratual, o direito à indemnização prescreve no prazo de três anos (art. 498.º), enquanto que na responsabilidade civil contratual é de verificar o prazo ordinário de vinte anos (art. 309.º), ou os prazos especiais previstos nos arts. 310.º, 316.º e 317.º.

Qual será o prazo aplicável à *culpa post pactum finitum*?

A *ratio* do prazo prescricional na responsabilidade civil aquiliana tem que ver com o reconhecimento, por parte do legislador, de que o tempo aumenta o risco inerente à prova, tornando-a incerta e difícil³²⁸, justificando-se, então, a previsão de um prazo de prescrição mais curto.

Ora, para solucionar esta questão, julgamos que teremos de atentar num critério pragmático.

Vêm sendo esgrimidos alguns argumentos em torno dos fundamentos da prescrição. Parte da doutrina coloca a tónica na pessoa do credor – inércia no exercício de um direito³²⁹ –, na pessoa do devedor – salvaguarda relativamente à cobrança de uma dívida antiga³³⁰ –, e no tráfico jurídico em geral, cujo alcance é a certeza e a segurança jurídicas³³¹.

Poder-se-á dizer, logo à cabeça, que qualquer um dos argumentos, e todos no seu conjunto, sustentam a existência da prescrição. Todavia, um deles consome, parece-nos, os restantes. Com efeito, o trafego jurídico, postulando ideias de certeza e de segurança jurídicas que, por sua vez, se consubstanciam em axiomas de justiça, repugna a ideia de que a um devedor possa ser assacada uma

³²⁷ Assim nos diz, por exemplo, o Ac. STJ, de 22/09/2016, no proc. n.º 125/06.9TBMMV-C.C1.S1 (relator: António Joaquim Piçarra, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/dde0a5645ceb994680258036005725b7?OpenDocument> (consultado a 26/11/2019).

³²⁸ ANA PRATA, *Código Civil Anotado*, cit., pp. 651 e 652. No mesmo sentido, entre outros, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., vol. I, p. 625.

³²⁹ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 5.ª ed. rev. e act., Lisboa, Universidade Católica, 2009, p. 692.

³³⁰ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. V, 2.ª ed., Lisboa, Almedina, 2015, p. 197.

³³¹ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 693.

dívida quando o credor, por inércia, não exerceu o direito que lhe competia, criando naquele a expectativa legítima de renúncia ao crédito. Por outro lado, sendo o dano um elemento central na responsabilidade civil, a repercussão do tempo certamente que inquina a prova a ser carreada e produzida em sede de audiência de discussão e julgamento, que em nada contribui positivamente para a segurança e certeza jurídicas. Nesse sentido, depõe a favor a existência de um prazo de prescrição relativamente curto de três anos, quando comparado com o prazo ordinário de 20 anos, extremamente excessivo.

De outra sorte, embora entre as ex-partes exista uma relação de proximidade, ambas já não se encontram especialmente ligadas por um vínculo contratual, adquirindo a sua liberdade, que só é enviesada se e quando, dependendo das circunstâncias e dos interesses em jogo, se justificar a concretização dos deveres de consideração pela adoção ou omissão de um determinado comportamento. Com efeito, havendo um ilícito na fase posterior à cessação do contrato, parece ser exagerada a possibilidade de o ex-contratante acionar a responsabilidade civil pós-contratual do devedor num espaço temporal de 20 anos. Aliás, esta situação é absolutamente injustificada. Que se entenda que, no plano contratual, se justifica a submissão do regime a um prazo prescricional de 20 anos – afinal, as partes contrataram porque assim o entenderam, e no final das contas moldaram as prestações conforme as suas conveniências e, por isso, a elas se devem manter absolutamente fiéis, cumprindo pontualmente o acordado – é uma coisa. No entanto, como já tivemos oportunidade de demonstrar, esse não é de todo o caso na *cpcf*. Não estamos perante deveres que se encontrem na disponibilidade das partes, sendo de proteger, nesta sede, o devedor – que não se deverá encontrar no limbo durante 20 anos –, censurando-se o credor que não exerceu o direito que lhe assistia quando o seu exercício, ponderados os vários interesses, era aceitável e legítimo. A qualidade do ilícito contratual, cujo especial desvalor jurídico é claramente mais relevante, poderá justificar a existência de um prazo prescricional mais longo. No entanto, pelas razões já referidas, não se constata, no âmbito da *cpcf*, um especial desvalor do ilícito em causa. Dessarte, e também neste círculo, é de aceitar a aplicação do prazo de prescrição previsto no art. 498.º.

Por outro lado, há que atentar no facto de que a responsabilidade civil pós-contratual traduz uma situação cuja complexidade e dubiedade justificam uma rápida definição, em nome da certeza e segurança jurídicas, da situação jurídica, sendo de preterir o prazo prescricional de 20 anos.

Por fim, e do ponto de vista argumentativo-sistemático, poder-se-á chamar à colação a *cic*. O legislador prevê expressamente que na responsabilidade civil pré-contratual o direito à indemnização

prescreve nos termos do art. 498.º (n.º 2 do art. 227.º). Concretizando, o legislador foi sensível à posição dos sujeitos na fase pré-contratual, assim como ao desvalor do ilícito, estabelecendo que se justifica a aplicabilidade de um prazo prescricional curto. Os mesmos argumentos colhem no âmbito da *cppf*.

Razões de ordem pragmática apontam, então, no sentido de ser aplicado o prazo prescricional do art. 498.º às hipóteses de *cppf*.

5. O tribunal competente

Dispõe o n.º 1 do art. 71.º do CPC que “[a] ação destinada a exigir o cumprimento de obrigações, a indemnização pelo não cumprimento ou pelo cumprimento defeituoso e a resolução do contrato por falta de cumprimento é proposta no tribunal do domicílio do réu, podendo o credor optar pelo tribunal do lugar em que a obrigação deveria ser cumprida, quando o réu seja pessoa coletiva ou quando, situando-se o domicílio do credor na área metropolitana de Lisboa ou do Porto, o réu tenha domicílio na mesma área metropolitana”. Por seu turno, o n.º 2 do artigo referido menciona: “[s]e a ação se destinar a efetivar a responsabilidade civil baseada em facto ilícito ou fundada no risco, o tribunal competente é o correspondente ao lugar onde o facto ocorreu”.

Do normativo referido pode-se concluir, em jeito de síntese, que, no âmbito da responsabilidade civil contratual, a ação deve ser intentada no domicílio do réu, podendo ser proposta, caso o réu seja pessoa coletiva, no lugar onde a obrigação deveria ter sido cumprida. Por outro lado, caso ambas as partes tenham domicílio na área metropolitana de Lisboa ou Porto, a ação poderá ser ali intentada. Na responsabilidade civil aquiliana ou fundada no risco, a ação deverá ser intentada no lugar onde ocorreu o facto.

Na redação anterior à introduzida pelo art. 1.º da Lei n.º 14/2006, o n.º 1 do art. 74.º do CPC – atual art. 71.º – dispunha que “[a] ação destinada a exigir o cumprimento de obrigações, a indemnização pelo não cumprimento ou pelo cumprimento defeituoso e a resolução do contrato por falta de cumprimento será proposta, à escolha do credor, no tribunal do lugar em que a obrigação devia ser cumprida ou no tribunal do domicílio do réu”. Acontece, porém, que esta redação levou a um

enorme congestionamento nos tribunais cíveis do grande Porto e da grande Lisboa, na medida em que lá se situavam os grandes litigantes³³². Ora, com a redação atribuída pelo art. 1.º da Lei n.º 14/2006, o art. 74.º do anterior código de processo civil passou a ter uma redação diferente que coincidiu com a atual redação do art. 71.º. Tal como resulta da Resolução do Conselho de Ministros n.º 100/2005, o objetivo fundamental da alteração foi racionalizar os meios judiciais disponíveis e conferir aos consumidores – enquanto parte mais fraca do prisma contratual – uma tutela mais próxima e eficaz.

A competência aferida no âmbito do n.º 2 do artigo em análise tem que ver com o facto de se considerar que o tribunal onde ocorreu o facto “pode dispor dos elementos sem necessidade de os solicitar a outro tribunal”, encontrando-se, nessa medida, “em melhor posição para a boa administração da justiça”³³³.

Ora, o elemento de conexão previsto no art. 71.º, n.º 1, do CPC é o foro obrigacional, correspondente ao *forum contractus* dos romanos³³⁴. Por seu turno, no n.º 2, estamos perante o elemento de conexão inerente ao foro delitual.

Não se reconduzindo a *cpcf* a nenhum dos elementos de conexão *supra*, poder-se-ia fazer o juízo que temos vindo a proceder no plano do direito substantivo: veríamos, pois, se a *cpcf* estaria mais ligada ao elemento de conexão do foro obrigacional, ou se teria maior proximidade com o foro delitual.

Todavia, no plano do direito adjetivo, há uma norma geral que se aplica aos casos que não se encontram especialmente previstos. Na senda, não se reconduzindo a *cpcf* a nenhuma das situações que resultam do art. 71.º, dever-se-á entender que o tribunal competente para conhecer das questões suscitadas é o tribunal do domicílio do réu (art. 80.º do CPC).

³³² ABÍLIO NETO, *Novo Código do Processo Civil Anotado*, Lisboa, Ediforum, 2015, p. 143.

³³³ PAIS DE AMARAL, *Direito Processual Civil*, cit., p. 155.

³³⁴ PAIS DE AMARAL, *Direito Processual Civil*, cit., p. 154.

CONCLUSÃO

I – O instituto da *culpa post pactum finitum* nasceu na Alemanha na década de 20. Ao contrário da *culpa in contrahendo*, a responsabilidade civil pós-contratual adveio de considerações jurisprudenciais que visaram solucionar casos específicos onde o Direito se apresentava “meio que adormecido”. Embora a doutrina tenha aplaudido os resultados obtidos com as decisões, o instituto não logrou obter grande interesse acadêmico. Verdadeiramente, o tema veio a ser relativamente desenvolvido na área do direito laboral, e em breves referências no ramo do direito das obrigações³³⁵.

II – Não obstante, é possível aferir que a *culpa post pactum finitum* tem sido firmada por recurso à lei, à analogia *iuris* e à analogia direta com a responsabilidade pré-contratual, ou por recurso à boa-fé objetiva. Pese embora ambas as possibilidades não sejam desprovidas de sentido, a *culpa post pactum finitum* vê o seu reduto na boa-fé objetiva, plasmado no n.º 2 do art. 762.º.

III – Uma decomposição da tão aceite figura da relação jurídica complexa permite constatar da existência de deveres de prestação – primários e secundários – e de deveres laterais. Estes últimos, embora não voltados propriamente para o cumprimento do contrato, são essenciais ao funcionamento da relação jurídica obrigacional. Visam, no essencial, tutelar os vários interesses das partes no desenrolar do vínculo obrigacional. Impõem àquelas a adoção de comportamentos retos, honestos, probos e leais no exercício de cada uma das suas posições.

IV – Estes deveres não têm, no seu âmago, uma verdadeira essência contratual. Em princípio, estes deveres não são suscetíveis de serem determinados *ex ante*. Por outro lado, configuram deveres que não se encontram na livre disponibilidade das partes. Isto não significa, evidentemente, que as partes não possam fazer constar do contrato a observância deste ou daquele dever. No entanto, a assim ser, o dever lateral abandona o plano da lateralidade para se transformar num verdadeiro dever de prestar. Destarte, os deveres acessórios encontram-se afastados dos compromissos das partes, transcendendo o plano da autonomia privada. Porém, também não possuem uma natureza delitual. Pese embora seja possível observar uma certa proximidade entre os deveres laterais e os deveres de tráfego, estes últimos visam a proteção de direitos absolutos essenciais à ordem social. Pelo contrário, os deveres laterais visam a tutela dos interesses dos contraentes, não se justificando por quaisquer contactos

³³⁵ Aliás, como menciona MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, p. 195, as monografias que se dedicaram ao tema não são conhecidas e tiveram diminuta repercussão no geral.

sociais indiferenciados. Com efeito, os deveres laterais apresentam-se com uma natureza quase-contratual ou quase-delitual.

V – Ora, pode acontecer que, em determinadas circunstâncias, estes deveres, derivados da boa-fé objetiva, se mantenham após a extinção do vínculo contratual. Nesse caso, o princípio da boa-fé impõe que, após a extinção do contrato, as partes não afrouxem os benefícios conseguidos pelo acordo, nem se aproveitem da relação estabelecida entre ambas para atingir objetivos ilegítimos.

VI – As manifestações de uma dita pós-eficácia obrigacional não são recentes. Em certas situações, a própria lei atribui às partes a observação de determinados deveres em consequência da extinção do vínculo contratual. Temos, assim, quando a lei confere aos ex-cônjuges o direito a alimentos (n.º 2, art. 2016.º). Nesta hipótese, não se está perante uma verdadeira pós-eficácia, antes sim perante a constituição de uma nova realidade jurídica derivada da extinção de um contrato. Neste tipo de situações, a pós-eficácia é meramente *aparente*. Também pode acontecer que, ao lado da obrigação principal, surjam deveres secundários que, por natureza, deverão ser observados com a extinção do vínculo obrigacional: o locatário está obrigado a restituir a coisa locada findo o contrato (art. 1038.º, al. i)). Com efeito, a contraparte encontra-se adstrita a esta concreta obrigação já no nascimento da relação obrigacional. No entanto, a observância do dever impõe-se com a extinção do contrato. Nesta sede, a pós-eficácia é somente *virtual*. Nenhuma destas situações se reconduz ao instituto da *culpa post pactum finitum*.

VII – Pois bem. Os deveres de que falamos, e que são suscetíveis de se manterem após a extinção do contrato, vinculam as partes desde os contatos preliminares e encontram-se presentes durante a vigência do contrato. O seu conteúdo pode ser diverso consoante a fase da relação obrigacional. Aliás, trata-se de deveres variáveis, destinados a percorrer as várias fases da relação obrigacional e a moldarem-se consoante o caso em concreto. Todavia, não se verifica uma qualquer mudança no plano da fundamentação – resultam diretamente do princípio da boa-fé – nem divergem na sua natureza. Ora, estes deveres são dotados de pós-eficácia. Não obstante, fica a dúvida se a *cppf* traduz uma manifestação de eficácia continuada ou se, ao invés, deverá ser reconduzida à figura da pós-eficácia em sentido próprio.

VIII – A exigibilidade do dever na fase pós-contratual deverá ser objeto de várias reflexões. As partes, após a cessação do contrato, tornam-se novamente autónomas e voltam a adquirir a liberdade que se encontrava condicionada por força do contrato. Dessarte, afigura-se necessária uma concretização do

dever pós-contratual, devendo o intérprete socorrer-se de vários fatores de ponderação. Primeiramente, importa saber se, perante aquela concreta circunstância, o dever era, ou não, exigível. Aqui, dever-se-á chamar à colação o critério do *bonus pater familias*. Por outro lado, ter-se-á de atentar às circunstâncias do caso em concreto. Isto implica que o intérprete proceda a um juízo de valor entre o benefício da observação do dever e o sacrifício da sua imposição. Há, pois, que encontrar um equilíbrio entre a exigibilidade do dever pós-contratual e as consequências que a sua observância possa acarretar para o devedor.

IX – Esta ponderação ganha contornos quando se atenta em determinadas relações específicas, como seja a relação laboral. A este propósito, discute-se se o dever de lealdade do trabalhador para com o empregador é, ou não, dotado da dita pós-eficácia. O trabalhador encontra-se protegido pela CRP, ao abrigo do art. 47.º daquele diploma legal. Não obstante, com a cessação do contrato de trabalho, o trabalhador encontra-se numa posição em que poderá ameaçar os interesses do ex-empregador. Bem disso tendo conhecimento, o legislador consagrou a figura do pacto de não concorrência. Acontece, porém, que este instituto não acautela de forma suficientemente séria a posição do empregador, desde logo porque necessita do consentimento do trabalhador. Com efeito, o dever de lealdade é dotado de eficácia continuada, ou da dita pós-eficácia, e não se reconduz, tão-só, à figura do pacto de não concorrência. Porém, o dever de lealdade não pode afrontar os comandos constitucionais. Surge, a este propósito, o conceito de “concorrência diferencial”, que levará à distinção entre os conhecimentos que integram a chamada “bagagem profissional” do trabalhador – a título de exemplo, a formação ministrada pelo empregador – e os conhecimentos adquiridos em função do desenvolvimento daquela concreta atividade e cuja natureza não reveste um carácter técnico – lista de fornecedores, lista de clientes, entre outros. Relativamente a estes últimos, em homenagem ao princípio da boa-fé, o trabalhador não poderá deles dispor, nem em benefício próprio, nem em benefício de terceiro.

X – A violação de um dever pós-contratual acarreta a responsabilidade civil do lesante. A *cppf* não é suscetível de se reconduzir à aplicabilidade em bloco do regime da responsabilidade civil contratual, nem da responsabilidade civil extracontratual. Com efeito, a não observância de um dever pós-contratual originará uma responsabilidade híbrida, cujo regime aplicável beberá de ambas as categorias legalmente previstas. Há que perceber, de entre as normas que denotam uma diferenciação dos regimes-tipo, as que melhor se compatibilizam com a violação destes concretos deveres na fase ulterior ao contrato.

XI – Numa relação internacional privada, tratando-se de uma hipótese reconduzível à responsabilidade civil pós-contratual, importará saber, primeiramente, se as partes acordaram, posteriormente à violação do dever lateral, na aplicabilidade de uma lei (art. 14.º de Roma II). Não sendo o caso, e na hipótese de as partes residirem habitualmente no mesmo lugar, então deverá ser essa lei a aplicável (n.º 2 do art. 4.º de Roma II). Não se vislumbrando também esta possibilidade, dever-se-á aplicar o princípio *lex loci damni*, que resulta diretamente do n.º 1 do art. 4.º do Regulamento Roma II: será de aplicar a lei do país onde ocorreu o dano. Não obstante, quer o n.º 1 do art. 4.º, quer o n.º 2 poderão ser afastados, caso resulte do conjunto das circunstâncias que a responsabilidade tem uma conexão mais estreita com um país diferente (n.º 3 do art. 4.º de Roma II). Por outro lado, pode suceder que a lei estrangeira seja manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado Português. Acontecerá, por exemplo, se a *lex causae* não reconhecer a exigência de os ex-contratantes adotarem condutas honestas, leais, diligentes e probas, resultando, com isso, danos na contraparte. Nestas hipóteses, o nosso direito manda que o juiz perscrute no ordenamento jurídico estrangeiro uma disposição adequada ao caso; não se vislumbrando possível, aí sim, o juiz deverá afastar os preceitos da lei estrangeira, e aplicar ao caso *decidendo* a disciplina do direito interno português (art. 22.º).

XII – A responsabilidade civil pós-contratual, porquanto configura uma “terceira via” na responsabilidade civil, acarreta consigo problemas próprios. Um deles é o ónus da prova. Ao lesado caberá alegar e provar a exigibilidade do dever, por se tratar de um facto constitutivo do direito à indemnização (n.º 1 do art. 342.º). Por seu turno, ao lesante caberá alegar e provar a observância do dever (n.º 2 do art. 342.º). Pode acontecer, ainda, que o devedor tenha cumprido o dever pós-contratual, mas de forma defeituosa. Neste caso, o cumprimento defeituoso traduz-se num facto constitutivo do direito do lesado à indemnização, pelo que deverá ser este a alegar e provar o cumprimento defeituoso do dever pós-contratual (n.º 1 do art. 342.º). Por outro lado, a culpa constitui um pressuposto da responsabilidade civil pós-contratual. Em sede de *c.p.p.f.*, caberá ao lesante demonstrar que a inobservância do dever não se ficou a dever por culpa sua. Fica, pois, o lesado desobrigado de alegar e provar a culpa do lesante por força da presunção prevista no art. 799.º, n.º 1. No âmbito da responsabilidade por atos de outrem, será de aplicar, igualmente, o regime que vigora na responsabilidade civil contratual, prevista no art. 800.º, não se exigindo a subordinação entre devedor e auxiliar, como sucede na responsabilidade civil aquiliana. Quanto ao dano, um outro pressuposto da responsabilidade civil pós-contratual, será de aplicar o regime geral previsto no art. 562.º. Ou seja, constatando-se da violação de um dever pós-contratual, o lesante deverá reconduzir o lesado à situação em que este se encontraria caso a violação do dever não tivesse ocorrido. Por conseguinte, deverão ser

reparados todos os danos patrimoniais – danos emergentes, lucros cessantes e danos económicos puros – assim como danos não patrimoniais, muito embora, as mais das vezes, o lesado será ressarcido pelo interesse contratual positivo. Acresce que não haverá lugar à redução equitativa da indemnização, prevista no art. 494.º. Ainda, o direito à indemnização prescreverá no prazo previsto no art. 498.º, sendo de aplicar à *cppfo* regime da responsabilidade civil aquiliana, tal como sucede na *cic*. Por fim, o tribunal competente para dirimir o litígio atinente à responsabilidade civil pós-contratual será o tribunal do domicílio do réu, por força da regra geral prevista no art. 80.º do C.P.C.

BIBLIOGRAFIA

- ABRANTES José João, *A Excepção de Não Cumprimento do Contrato no Direito Civil Português – Conceito e Fundamento*, Coimbra, Almedina, 1986.
- ALARCÃO, Rui de, *Direito das obrigações*, Coimbra, João Abrantes, 1983.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos*, I, 6.^a ed., Coimbra, Almedina, 2008.
- ALMEIDA, COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed. rev. e act., Coimbra, Almedina, 2009.
- AMARAL, Jorge Pais, *Direito Processual Civil*, 11.^a ed., Coimbra, Almedina, 2013.
- ASCENSÃO, José Oliveira, *Direito civil – Teoria Geral*, vol. II, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- ASCENSÃO, José Oliveira, *Direito civil – Teoria Geral*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- ASCENSÃO, José Oliveira, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 7.^a ed. rev., Coimbra, Almedina, 1993.
- BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2010.
- BEIBT-FOMBARON, Fabiola Oliveira, *Les Relations Post-Contractuelles*, disponível em <http://www-cde.u-strasbg.fr/da/da/AnnexesMemoires/Promo2002/seibt.pdf> (consultado a 15/01/2019).
- BENATTI, Francesco, *A Responsabilidade Pré-contratual* (trad. Adriano Vera Jardim, Miguel Caeiro), Coimbra, Almedina, 1970.
- CABRAL, Rita Amaral, «A Responsabilidade por Prospecto e a Responsabilidade Pré-Contratual – anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral, de 31 de Março de 1993», in CORDEIRO, Menezes/CABRAL, Rita Amaral, *Aquisição de Empresas – Vícios na Empresa Privatizada – Responsabilidade pelo Prospecto – Culpa “in contrahendo” – Indemnização (Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 31 de Março de 1993)*, Lisboa, Ordem dos Advogados.
- CAMILO, João Pedro Vicente, *Liberdade de Trabalho e Concorrência Laboral – Dever de Lealdade Pós-eficaz*, disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37155/1/ulfd135685_tese.pdf (consultado a 3/04/2019).
- CANOTILHO, Jorge Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., 6.^a reimpr., Coimbra, Almedina, 2009.

CANOTILHO, Jorge Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1983.

CORDEIRO, António Menezes, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa, Lex, 1997.

CORDEIRO, António Menezes, *Estudos de Direito Civil*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1991.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, vol. V, 2.^a ed., Lisboa, Almedina, 2015.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, vol. IX, 3.^a ed., rev. e aum., Coimbra, Almedina, 2017.

CORREIA, Ferrer, *Lições de Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2013.

COSTA, Alexander Seixas, *A Incidência da Pós-Eficácia das Obrigações no Direito Contratual*, disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=671f0311e2754fcd> (consultado a 03/07/2019).

COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., rev. e act., Almedina, Coimbra, 2009.

COSTA, Mário Júlio Almeida, *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*, reimpr., Coimbra Editora, Coimbra, 1994.

CUNHA, Daniela Ferreira, *Responsabilidade Pré-Contratual por Ruptura das Negociações*, Coimbra, Almedina, 2006.

DIAS, Ricardo Gaspar, *Deveres de Proteção e a Fronteira entre Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual – Um Problema (também) de Direito Internacional Privado*, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16606/1/DEVERES%20DE%20PROTE%C3%87%C3%83O%20E%20A%20FRONTEIRA%20ENTRE%20RESPONSABILIDADE%20CIV.pdf> (consultado a 22/02/2019).

ERVATTI, Leonardo, *A Pós-Eficácia das Obrigações*, disponível em <https://leoervatti.jusbrasil.com.br/artigos/561686181/a-pos-eficacia-das-obrigacoes> (consultado a 2/07/2019).

ESSER, Josef/SCHMIDT, Eike, *Schuldrecht*, vol. I, (*Allgemeiner Teilband*), 2.^a parte, 7.^a Ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1993.

FABIAN, Christoph, *O Dever de Informar no Direito Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

FARIA, Jorge Ribeiro de, *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1990.

FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 5.^a ed. rev. e act., Lisboa, Universidade Católica, 2009.

FRADA, Manuel Carneiro da, *A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, DJ, vol. XII, tomo I, 1998, pp. 297-311.

FRADA, Manuel Carneiro da, *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, FDUC, 1994.

FRADA, Manuel Carneiro da, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Coimbra, Almedina, 2006.

FRADA, Manuel Carneiro da, *Os Deveres (ditos) “Acessórios” e o Arrendamento*, disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bd785b4f1-80eb-4b99-a33a-b654a218724e%7D.pdf> (consultado a 12/02/2019).

FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2004.

FRADA, Manuel Carneiro da, *Uma “Terceira Via” no Direito da Responsabilidade Civil? – O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Coimbra, Almedina, 1997.

FRADA, Manuel Carneiro da, *Forjar o direito*, Coimbra, Almedina, 2015.

FRADA, Manuel Carneiro da, «Vinho Novo em Odres Velhos – A Responsabilidade Civil das Operadoras de Internet e a Doutrina Comum da Imputação de Danos», *ROA*, ano 59.º, n.º 2 (1999), pp. 665 a 692.

FRADA, Manuel Carneiro da/VASCONCELOS, Maria João Pestana de, *Danos Económicos Puros – Ilustração de uma problemática*, em AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, vol. II (2006) pp. 151-176.

FRANCO, Brenda Dutra/NETO, Hugo Ferreira, *A Responsabilidade Pós-contratual e o Princípio da Boa Fé Objetiva*, disponível em http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=13&cad=rja&uact=8&ved=2ahUK_Ewjam-Xh5pTmAhWSohQKHYYFFCMQ4ChAWMAJ6BAgFEAI&url=http%3A%2F%2Fviannasapiens.com.br%2Frevista%2Farticle%2Fdownload%2F333%2F271%2F&usg=AOvVaw1o_kJZpKWg40IVIHUBJbY9 (consultado a 3/07/2019).

FREITAS, Lebre de, *A Ação Declarativa Comum à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

GOMES, Júlio Vieira, *Direito do trabalho*, vol. I, *Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

GONÇALVES, Anabela, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2013.

HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A parte Geral do Código Civil Português*, reimpr., Coimbra, Almedina, 2000.

JUSTO, A. Santos, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.^o ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, (*Allgemeiner Teil*), 14.^a ed., München, C. H. Beck, 1987.

LEITÃO, Adelaide Menezes, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009.

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 8.^a ed., Coimbra, Almedina, 2009.

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. II, 8.^a ed., Coimbra, Almedina, 2011.

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito do Trabalho*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2012.

LOPES, Lissandra de Ávila, *A Responsabilidade Pós-Contratual no Direito Civil*, disponível em <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/viewFile/6782/pdf> (consultado a 2/07/2019).

MACHADO, J. Baptista, «A Cláusula do Razoável», in MACHADO, J. Baptista, *Obra Dispersa*, vol. I, Braga, Scientia Iurídica, 1991, pp. 457 a 621.

MACHADO, J. Baptista, «A Resolução por Incumprimento e a Indemnização», in MACHADO, J. Baptista, *Obra dispersa*, vol. I, Braga, Scientia Iurídica, 1991, pp. 195 a 213.

MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 2011.

MACHADO, J. Baptista, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.^a ed., reimpr., Coimbra, Almedina, 1992.

MACHETE, Pedro, *O Princípio da Boa-Fé*, disponível em www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/PMachete10.pdf (consultado em 15/11/2018).

- MARINHO, Carlos Manuel Gonçalves de Melo, *A Responsabilidade Civil nas Relações Transfronteiriças na União Europeia – o Regulamento Roma II*, disponível em http://www.trl.mj.pt/PDF/reg_roma_II_palestra_coimbra_carlos_mgm_marinho.pdf (consultado a 2/5/2020).
- MARTINS, João Zenha, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2016.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Código de Trabalho Anotado*, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Cumprimento Defeituoso – Em especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Coimbra, Almedina, 2014.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Da cessação do contrato*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações – Programa 2017/2018 – Apontamentos*, 5.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2017/2018.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015.
- MATTAMOUTOS, Jorge, *A liquidação do Dano de Terceiro no Direito Civil Português*, RFDUP (2016), pp. 303-332.
- MELGAR, Alfredo Montoya, *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2001.
- MENDES, João de, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. III, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 1979.
- MIMOSO, Maria João/SOUSA, Sandra C., *Nótulas de Direito Internacional Privado*, Lisboa, Almedina, 2014.
- MONTEIRO, António Monteiro, *Erro e Vinculação Negocial*, Coimbra, Almedina, 2002.
- MONTEIRO, António Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, reimp., Coimbra, Almedina, 2003.
- MONTEIRO, António Monteiro, *Cláusula Penas e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990.
- MONTEIRO, Jorge Sinde, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, Almedina, 1989.
- MONTEIRO, Jorge Sinde, *Rudimentos da Responsabilidade Civil*, RFDUP (2005), pp. 349-390.

MORAIS, Fernando Gravato, *União de Contratos de Crédito e de Venda para Consumo – Efeitos para o financiador do incumprimento pelo vendedor*, Coimbra, Almedina, 2004.

MOREIRA, Samantha Ferreira/VIEGAS, Cláudia Rabelo, *A Pós-Eficácia das Obrigações, Sob a Perspectiva do Direito Civil Constitucional*, disponível em <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/y0ii48h0/kvg8f9o7/vZJb800jM5kS9jl7.pdf> (consultado a 2/07/2019).

MOTA, Laura, *O dever de Lealdade do Trabalhador Após a Cessação do Contrato de Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2015.

MOTA, Maurício, *A Pós-Eficácia das Obrigações Revisitada*, disponível em <https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTI1NQ%2C%2C> (consultado a 29/07/2019).

MOTA, Maurício, *A Responsabilidade Civil Pós-Contratual*, disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-responsabilidade-civil-pos-contratual-por-mauricio-mota> (consultado a 29/07/2019).

NETO, Abílio, *Novo Código do Processo Civil Anotado*, Lisboa, Ediforum, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

OLAVO, Carlos, *Propriedade Industrial*, vol. II, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2005.

OLIVEIRA, Elsa Dias, *Da responsabilidade Civil Extracontratual por Violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2012.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Direito das obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2005.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

PINTO, Carlos Mota, «A Responsabilidade Pré-Negocial pela Não Conclusão dos Contratos», *BFDUC*, suplemento XIV, Coimbra (1966), pp. 143 a 252.

- PINTO, Carlos Mota, *Cessão da Posição Contratual*, reimp., Coimbra, Atlântida, 1970.
- PINTO, Carlos Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed. act., Coimbra, Coimbra Editora, 1988.
- PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- PRATA, Ana, *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*, Coimbra, Almedina, 2005.
- PRATA, Ana, *Código Civil Anotado*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2017.
- PRATA, Ana, *Notas sobre a Responsabilidade Pré-contratual*, Lisboa, 1991.
- PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Resolução do Contrato no Direito Civil – Do Enquadramento e do Regime*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.
- PROENÇA, José Carlos Brandão, *Lições de Cumprimento e de Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- RAMALHO, Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho*, 2.ª parte, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014.
- RAMOS, Rui Moura, *Direito Internacional Privado e Constituição*, 3.ª reimpr., Coimbra, Coimbra Editora, 1994.
- ROJAS, David Felipe Benítez, *Configuración de la Responsabilidad Precontractual*, disponível em <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/configuracion-de-la-responsabilidad-precontractual-2938079> (consultado a 14/05/2020).
- SÁ, Fernando Cunha de, *Abuso do Direito*, Coimbra, Almedina, 1997.
- SANTOS, António Marques, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma Teoria Geral*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1991.
- SANTOS, António Marques, *Direito Internacional Privado*, reimp., Lisboa, AAFDL, 1987.
- SCALISI, Antonio, *La Comune Intenzione dei Contraenti*, Milano, Guiffre, 2003.
- SERRA, Vaz, «Culpa do Devedor ou do Agente», *BMJ*, n.º 68 (1957), pp. 13 a 151.
- SERRA, Vaz, «Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual», *BMJ*, n.º 85 (1959), pp. 115 a 239.

SILVA, Eva Sónia Moreira da, *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, Coimbra, Almedina, 2003.

SILVA, Eva Sónia Moreira da, «De Novo os Danos Indemnizáveis em Sede de Responsabilidade Pré-Contratual», *Cadernos de Direito Privado*, número especial sobre o II Seminário dos Cadernos de Direito Privado, n.º 2, Dezembro de 2012, pp. 97 a 106.

SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Almedina, 1990.

SILVA, Rita Canas da, «O Pacto de Não Concorrência», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 4 (2004), pp. 283 a 305.

SOUSA, Marcelo Rebelo/GALVÃO, Sofia, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4.º ed. rev. e aum., Lisboa, Europa-América, 1998.

SOUSA, Miguel Teixeira de, *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação – Estudo Sobre a Dogmática da Pretensão e do Conceito de Pretensões*, Almedina, Coimbra, 1988.

SOUZA, Susen Bezerra, *Responsabilidade Pós-Contratual*, disponível em <https://jus.com.br/artigos/56851/responsabilidade-pos-contratual> (consultado a 03/07/2019).

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das obrigações*, 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

VARELA, João Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., ver. e act., Coimbra, Almedina, 2000.

VARELA, João Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7.ª ed., rev. e act., Coimbra, Almedina, 1997.

VARELA, João Antunes/LIMA, Fernando Pires de, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.ª ed., rev. e act., Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995.

VICENTE, Dário Moura, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2011.

VINA, Jordi García, *La Buena Fe en el Contrato de Trabajo*, Madrid, Consejo Economico y Social, 2001.

VINEY, Geneviève, *Introduction à la Responsabilité*, Paris, L.G.D.J, 2008.