

UM CASO DE RESSARCIMENTO DE DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS – COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 8 DE SETEMBRO DE 2016 (PROCESSO Nº1952/13.6TBPVZ.P1.S1)

Mafalda Miranda Barbosa¹

1. O CASO SUBMETIDO À APRECIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA



, uma cooperativa de produção de leite, propôs contra B (no caso concreto, contra vários réus) uma ação, pedindo a condenação deste a) a restituir a posse do caminho x; b) a abster-se da prática de atos que impeçam ou dificultem o acesso de A, a pé ou de carro, ao referido caminho; c) ao pagamento de uma indemnização pelos prejuízos sofridos.

Em causa estava um litígio relativo à utilização de um determinado caminho. Os réus consideraram-se proprietários do mesmo, que, segundo a posição por si sustentada, apenas servia o terreno vizinho e não o terreno onde está instalada a cooperativa e no qual esta iniciou de acabamento da unidade industrial de recolha e transformação de leite, apesar de a pessoa coletiva em questão o utilizar para transporte há diversos anos. Assim sendo, impediram a circulação de camiões para a referida obra que A tinha em curso, através de uma máquina retroescavadora giratória, que revolveu toda a terra. Com isto, as obras ficaram paradas; as cargas de betão que estavam para ser descarregadas na obra tiveram de ser inutilizadas; tiveram de ser procurados

¹ Doutora em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra

acessos alternativos; foram feitas despesas para colocar o caminho no estado inicial, depois de uma providência cautelar que foi interposta.

O Tribunal de 1ª Instância reconheceu a posse do caminho e, portanto, deu por provada a ilicitude do ato, considerando que se desencadeou responsabilidade civil extracontratual. O Tribunal da Relação alterou, posteriormente, a matéria de facto, dando como não provada a posse de A e absolvendo os réus do pedido indemnizatório.

Em face da factualidade dada como provada (considerou-se não provada a posse), o Supremo Tribunal de Justiça qualificou os danos em causa como danos puramente patrimoniais, isto é, danos que não se reconduzem a uma posição absolutamente protegida. Na verdade, inexistente um direito absoluto violado. Do mesmo modo, não é viável a invocação da eventual violação de uma norma do Código da Estrada, já que não foi feita prova de que o caminho interrompido constitui via do domínio público ou via do domínio privada aberta ao trânsito público.

Com base nesse entendimento, e tendo em conta que os danos puramente económicos só são ressarcíveis, segundo a posição do coletivo, quando haja violação de disposições legais de proteção de interesses alheios, quando haja uma previsão delictual expressa (como na hipótese do artigo 485º, 495º CC ou na hipótese dos danos ambientais, prevista no DL nº147/2008, de 29 de Julho), ou quando se verifique uma situação de abuso do direito, o Supremo Tribunal de Justiça acabou por considerar que, no caso *sub iudice*, ocorreu um abuso de uma liberdade genérica para agir que, podendo ser configurada como um abuso do direito em sentido estrito, permite desvelar a ilicitude do comportamento do sujeito. Nessa medida, deve ser atribuída uma indemnização à cooperativa, autora na ação.

A decisão do Supremo Tribunal de Justiça, de que, muito sumariamente, damos conta, assume um significado inegável. Trata-se, na verdade, de uma sentença que lida com uma questão

particularmente melindrosa da dogmática delitual e que abre as portas à indagação de vias ressarcimento dos lesados fora das hipóteses de preenchimento da primeira e da segunda modalidades de ilicitude aquiliana.

Não obstante, alguns aspetos da decisão concitam-nos dúvidas, que só poderão ser logradamente esclarecidas se percorrermos um caminho de argumentação que se afigura imprescindível.

2. OS DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS

a) NOÇÃO. RAZÕES PARA A SUA NÃO INDEMNIZAÇÃO.

A noção de danos puramente patrimoniais é uma noção horizontal, que abarca os mais diversos domínios e engloba as mais variadas situações. No fundo, com a designação aceite no espetro do mundo jurídico pretende identificar-se, *grosso modo*, as hipóteses normativas em que ocorre um dano, muitas das vezes considerável, e não obstante ele não pode ser reparado, porque falta um dos requisitos essenciais para a emergência da obrigação ressarcitória – a ilicitude. No quadro dos ordenamentos anglo-saxónicos, surgem definidos como os danos que ocorrem sem que haja lesão material da pessoa ou da coisa².

O problema dos danos puramente patrimoniais não é formulado em todas as latitudes. Pelo contrário, ele só faz sentido

² Veja-se, a este propósito, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade, A precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Almedina, Coimbra, 2005, 1ª parte, cap. IV; Cf. SPIER *et alios*, *The limites of expanding liability. Eighth fundamental cases in a comparative perspective*, Kluwer Law International, 1998; BUSSANI, PALMER e PARISI, *The comparative law and economics of pure economic loss*, in www.gmu.edu/departments/law/faculty/papers/docs/01-27.pdf. (cf., ainda, “The frontiers of tort liability: pure economic loss in Europe”, *Liability for pure economic loss: Frontiers of tort law*, 2001); BANAKAS, *Tortious liability for pure economic loss: a comparative study*, Hellenic Institute of International and Foreign Law, Athens, 1989, 40 s.

no quadro de um sistema ressarcitório como o nosso que, fruto da inspiração alemã, assenta na dualização entre ilicitude e culpa e apresenta uma noção restritiva de ilícito. Nos termos do artigo 483º CC, não basta, na verdade, que haja culpa e imputação objetiva (ou, como tradicionalmente era designada, causalidade) para que haja direito a uma indemnização pelos danos sofridos (outro dos pressupostos da reparação). Exige-se, como requisito inultrapassável, que se o comportamento seja ilícito. Descontadas as dificuldades próprias que o conceito encerra e postas de lado as divergências doutrinárias quanto ao ponto, podemos dizer que um ato é ilícito quando viola direitos absolutos, disposições legais de proteção de interesses alheios ou quando se configura como um abuso do direito, adequadamente compreendido.

Importa, então, perceber por que razão não são indemnizáveis os danos puramente patrimoniais. No plano do direito constituído é relativamente fácil justificar a asserção em causa. Os danos puramente patrimoniais não são indemnizados porque o conceito restritivo de ilicitude nos remete obrigatoriamente para a violação de direitos absolutos. Mas a aventada facilidade embate no obstáculo intransponível do abuso de direito e da violação de uma norma legal de proteção de interesses alheios. Verificada uma destas hipóteses, os danos puramente patrimoniais, não ressarcíveis em primeira análise, passam a ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade civil³. Esta simples constatação implica uma análise mais profunda das razões que

³ Não colhe, por este motivo, a tentativa de explicação da não indemnização dos danos puramente patrimoniais segundo um prisma concetualista de distinção entre direitos absolutos e direitos relativos. Se a diferença é relevantíssima nesta sede, tratar-se-á de um mecanismo dogmático de limitação do círculo de danos indemnizáveis e não dos fundamentos que permitem justificar a opção legislativa de base. Nesse sentido, cf. BUSSANI, PALMER e PARISI, *The comparative*, 17 a 20. É verdade que os direitos relativos não possuem uma tutela *erga omnes*. A questão, porém, é a de saber por que razão os direitos de crédito não possuem essa tutela alargada que os permite diferenciar dos direitos absolutos.

Cf., porém, CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, 175 s.

poderão estar na base da não indenizabilidade de princípio dos danos puramente patrimoniais. Acresce que esse perscrutar de razões, que não a simples realização do direito de acordo com o normativo legal aplicável em concreto, é imposto pela necessidade de perceber se estaremos limitados na procura da solução justa. Isto é, só sabendo quais as razões que levam à afirmação assumida poderemos abdicar de todo da ideia de indenizar tais danos, ou, pelo contrário, reconhecer que o ideal de justiça nos deve fazer encontrar critérios objetivos de imputação daqueles.

Calcorreando o pensamento dos diversos autores que se têm debruçado sobre a questão, percebemos que há dois grandes grupos de argumentos que podem ser avançados para sustentar aquela ideia: um de ordem axiológica; outros de ordem tendencialmente pragmática.

Atentemos, em primeira linha, no argumento de ordem axiológica. Ele prende-se, sobretudo, com a ideia do menor valor ou menor importância dos bens jurídicos em causa nas situações em que avultam danos puramente patrimoniais. Sendo os direitos de personalidade e os direitos reais, por definição, direitos absolutos, entender-se-ia que eles correspondem a valores superiores do ordenamento jurídico, que seria necessário tutelar, o mesmo não sendo verdadeiro por referência a meros interesses economicistas, como acontece com a maioria das situações de danos puramente patrimoniais. Ninguém negará que os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico não são dotados de um valor idêntico. E que, de todos, os bens jurídicos pessoais são aqueles aos quais deve ser reconhecida uma maior valia. A pessoa humana e a sua direta tutela enformam a ideia do direito enquanto direito e caracterizam o direito civil por referência aos outros ramos do direito privado, sem embargo de entendermos que a tutela de outros bens jurídicos releva na exata medida em que eles sejam indispensáveis ao livre desenvolvimento da pessoa humana. Mas se reconhecemos que os bens jurídicos de carácter pessoal, *rectius* os direitos de personalidade, devem ser

colocados num patamar superior, a mesma ordem de ideias não vale para o confronto entre os direitos reais e os interesses meramente económicos. Não faz sentido pensar que não se devem indemnizar os danos puramente patrimoniais na medida em que o valor jurídico dos interesses meramente económicos é inferior aos interesses subjacentes aos diversos direitos reais. Na verdade, se essa ideia poderia corresponder à realidade nos alvares de oitocentos, como aliás denotam os trabalhos preparatórios do BGB, ela deixa de ser correta a partir do momento em que, através da complexificação da sociedade e da economia, os direitos de crédito passam a assumir uma importância crescente⁴. A maior fonte de riqueza já não se identifica com a propriedade imobiliária, nem sequer com a propriedade mobiliária.

Se não é a hierarquia dos interesses e bens jurídicos em confronto a justificar a limitação da responsabilidade, teremos de percorrer os argumentos de índole mais ou menos pragmática para ver se algum deles fundamenta a nossa asserção inicial.

A grande preocupação dos autores que lidam com este tema parece ser, efetivamente, a de evitar um alargamento desmesurado da responsabilidade civil. Se não se restringisse a responsabilidade por alguma via, facilmente a responsabilidade resvalava *ad infinitum*. Como referem Bussani, Palmer e Parisi, “common law countries, mixed jurisdictions and a number of

⁴ Cf. MARKESINIS, « La politique jurisprudentielle et la réparation du préjudice économique en Angleterre : une approche comparative », *RIDC*, 1983, 33. Cf., igualmente, MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, Coimbra, 2000, 46; BUSSANI, PALMER e PARISI, *The comparative*, 20-21. Referem os autores que um dos argumentos avançados para rejeitar a indemnizabilidade dos danos puramente patrimoniais é a ideia de que meros interesses económicos não podem nem devem ser tratados do mesmo modo que são a integridade física e a propriedade – “People are more important than things, and things are more important than money”. Esclarecem, contudo, que este argumento se baseia numa premissa oculta. Ou seja, segundo os autores, estes valores necessitam de ser escalonados na medida em que não seja possível dispensar a todos o mesmo grau de protecção. Só que, acrescentam, não há nada que nos diga que a protecção de interesses meramente económicos acarretaria uma tutela menos eficaz para os restantes interesses. Cf., ainda, BUSSANI e PALMER, *Pure economic loss*, 21-22.

civil law countries all share concerns about the danger of excessive liability entailed by pure economic loss claims”⁵. De facto, em economias de mercado como a nossa, os interesses económicos surgem de tal modo conexionados entre si que a lesão de um deles, inevitavelmente, redundará na lesão dos demais. Segundo Bussani, Palmer e Parisi, uma das explicações mais comuns para a regra da não indemnização dos danos puramente patrimoniais prende-se com a composição dinâmica das consequências económicas e com o problema do elemento *foresseeability* da lesão⁶. Independentemente do correto entendimento que devemos dispensar à causalidade (por nós entendida em termos de imputação objetiva, a fazer apelo a um sentido ético-axiológico do ser pessoa⁷), o dado remete-nos para o problema pragmaticamente cunhado do alargamento da responsabilidade até limites in comportáveis. Do que se trata, no fundo, é da preocupação quer com a posição do lesante, quer com a administração da justiça. No que concerne ao primeiro, teme-se que uma responsabilidade ilimitada coloque o lesante numa situação in comportável. De facto, pela natureza dos danos puramente patrimoniais, uma simples lesão de um interesse meramente económico pode resvalar numa obrigação ressarcitória de dimensões gigantescas. A expectativa de suportar custos exacerbados pela sua atividade lesiva conduziria o potencial lesante a paralisar a sua iniciativa de investimento económico. E se essa paralisação não operasse em termos preventivos, ela seria inevitável *a posteriori* pela incapacidade que a maioria das pessoas singulares ou coletivas sentiria em suportar os custos da pretensão indemnizatória contra elas deduzida⁸. No mais, ainda que a indemnização fosse exequível, dificilmente ela corresponderia a um critério de justiça, uma vez que

⁵ BUSSANI, PALMER e PARISI, *The comparative*, 21.

⁶ BUSSANI, PALMER e PARISI, *The comparative*. 15.

⁷ Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípiã, 2013

⁸ Especificamente no que diz respeito aos cortes de energia, WILLIAM VAN BOOM,

esta é incompatível com excessos de responsabilidade.

Por outro lado, aumentaria desmesuradamente o número de ações em Tribunal, com riscos evidentes para o sistema de justiça, pelo inoportável aumento dos custos de administração dos mesmos⁹. Acresce que estas situações se caracterizam pela desproporcionalidade entre a gravidade de atuação e os custos da reparação dos danos¹⁰⁻¹¹.

Os argumentos avançados, usualmente dados como *floodgates arguments*, podem ter subjacentes a si dois fundamentos mais profundos. De um lado, encontrar-se-ão todos aqueles que, assumindo a Justiça como a finalidade máxima da realização do direito em concreto, entendem que ela é indissociável da ideia de segurança. E será essa ideia de segurança a impor, em última análise, a restrição da responsabilidade segundo determinados critérios que aqui determinam a não indenizabilidade dos danos puramente patrimoniais. Tratar-se-ia de, salvaguardando as expectativas do lesante, não o expor a uma responsabilidade demasiado ampla, de proporções indetermináveis, sobretudo quando cotejada com um diminuto grau de reprovação do autor. Na mesma linha de pensamento, advoga-se que se tratam ao nível dos danos puramente patrimoniais de posições com uma menor notoriedade social, pelo que não seria exigível que fossem respeitadas nos mesmos termos em que se

Pure economic loss, 26, diz-nos que nestes casos o “financial ripple effect” atinge o seu máximo.

⁹ Dando conta destas preocupações, cf. BUSSANI, PALMER e PARISI, *The comparative*, 23. No mesmo sentido, embora não tão descritivo, e mais convicto, cf. SPIER, *The limites*, 6 s., apresentado o resultado dos trabalhos do grupo de Tilburg. Cf., igualmente, BANAKAS, *Tortious*, 196. O autor revela a sua preocupação relativamente à administração da justiça, que sofreria com o aumento indeterminado de processos.

¹⁰ Cf. BUSSANI, PALMER e PARISI, *The comparative*, 23.

¹¹ Sobre a acuidade dos *floodgates arguments*, cf. BUSSANI e PALMER, *Pure economic loss*, 16; WILLEM VAN BOOM, *Pure economic loss*, 32 e 33; HELMUT KOZIOL, “Compensation for pure economic loss from a continental lawyer’s perspective”, in WILLEM VAN BOOM, HELMUT KOZIOL e CHRISTIAN WITTING (eds.), *Pure economic loss*, 142; SPIER (ed.), *The limites*, 6 s; JAN VAN DUNNÉ, “Responsabilité”, 138

tutela as pessoas ou os direitos reais¹². Em qualquer dos casos, estaria em causa uma certa concepção de liberdade e uma certa ideia de salvaguarda das expectativas dos sujeitos. Por isso, vemos Picker afirmar que, quando esta necessidade de limitar o número dos potenciais credores de uma pretensão indemnizatória se não verifique, como sucede em todas as situações em que as partes previamente estabelecem uma relação especial entre si, não se deve aplicar a regra da não indemnizabilidade dos danos patrimoniais puros, dando-se, pelo contrário, cobertura a essa pretensão ressarcitória, com fundamento no princípio do *meninem laedere*. Do que se trata afinal é da simples constatação da falta de critérios de imputação dos danos a um sujeito diverso daquele que os sofre. Constatação essa orientada ainda por considerações de carácter normativo e axiológico, pese embora a carga de pragmatismo em que estão imbuídas. De outro lado, numa perspetiva em que se supera o pragmatismo para afirmar a verdadeira tecnocracia, encontram-se os cultores de uma análise económica do direito, que é a este propósito chamada à colação para fundamentar a ideia de que nos temos vindo a ocupar. Ora, esta perspetiva, por contrariar absolutamente a intencionalidade predicativa da juridicidade, deve dar-se por liminarmente rejeitada.

A ser assim, concluímos que é da natureza do juridicamente cunhado que decorre a razão da não indemnização de princípio dos danos puramente patrimoniais. No fundo, se a responsabilização do agente se impõe em nome de uma ideia mais densa de responsabilidade que, fazendo apelo à personalidade livre, reclama a reparação dos danos causados aos outros, ela não pode ultrapassar um certo limite que nos encaminhe para o excesso de responsabilidade. Por outro lado, está em causa a própria estrutura axiológica da normatividade a convidar-nos a

¹² Afirnam, amiúde, os diversos autores que falta aos interesses patrimoniais a nota da visibilidade social que se reconhece aos direitos subjetivos absolutos, facto que justifica a restrição da responsabilidade ao nível dos primeiros. Cf. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato*, 175; PICKER, “Die Forderungsverletzung”, 470.

atuar juridicamente num espaço marcado pela livre concorrência no mercado e, portanto, num espaço onde os interesses económicos alheios podem ser contraditados.

Isto comporta uma consequência: ficarmos legitimados a encontrar os expedientes normativos que considerarmos pertinentes sempre que se justificar, em concreto, por referência à situação material de base, a indemnização de tais danos, na medida em que avulte chocante à consciência jurídica geral a sua impunidade¹³⁻¹⁴. Mas, se é certo que estamos legitimados a procurar critérios de imputação que nos permitam indemnizar os danos puramente patrimoniais em determinadas situações, não poderemos ir ao ponto de contornar o sistema¹⁵.

¹³ Veja-se o que nos diz BANAKAS, *Tortious*, 39. Entende o autor que, não obstante “the so-called pragmatic objection still looks impressive”, os avanços técnicos e a especialização não permitem continuar a colocar sob a chancela da tolerância social certos comportamentos.

No primeiro sentido, WILLEM VAN BOOM, *Pure economic loss*, 26. O autor mostra-se discordante com a ideia de *ordinary business risk*, afirmando que não é convincente a chamada à colação da ideia dos inconvenientes da vida do dia a dia.

¹⁴ Cf. WILLEM VAN BOOM, *Pure economic loss*, 37, onde se afirma que a total exclusão da indemnização dos danos puramente patrimoniais não é nem justa, nem razoável, considerando, ademais, que há alguma arbitrariedade, nos *cable cases*, quando se permite o ressarcimento pelo dano da maquinaria e se deixa sem indemnização o dano pela interrupção da produção. O autor vai mesmo mais longe e diz, depois de analisar inúmeras razões para a restrição da responsabilidade ao nível dos interesses patrimoniais primários, algumas das quais foram por nós chamadas à colação em citações pretéritas, que não deve haver obstáculo ao ressarcimento dos referidos danos.

Cf., igualmente, BANAKAS, “Transformazione della responsabilità contrattuale”, *Rivista di Diritto Civile*, ano XLIV, 1998, 69 a 83

¹⁵ CANARIS, “Norme di protezione”, 584; Id., “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, 32 s. Cf. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato*, 176, n. 364. O autor afirma que a criação de deveres de segurança no tráfego para proteção do património alheio equivaleria a atribuir à jurisprudência legitimidade para criar novas posições jurídicas delitualmente protegidas, o que, em países como a Alemanha ou o nosso, contraria a opção legislativa por uma fixação normativa e prévia de situações de responsabilidade. Ou seja, segundo o autor, apenas nas situações em que um interesse patrimonial puro é protegido por uma previsão normativa pode ser tutelado delitualmente, não sendo, portanto, possível que o julgador crie, *ad hoc*, deveres de protecção com o objetivo de alargar a tutela aquiliana. Sobre este ponto, cf., igualmente, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 318

b) OS EXPEDIENTES PENSADOS PARA A INDEMNIZAÇÃO DE CERTOS DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS

Tendo em conta estas ideias e pressupondo uma certa intuição do justo, a doutrina tem-se preocupado em criar soluções para a indemnização dos danos puramente patrimoniais, sempre que ela seja reclamada pela ideia do direito. Vários têm sido os remédios pensados a este propósito, cuja índole se mostra muito diversa.

Em primeiro lugar, ensaiaram-se formas de abandono da dogmática aquiliana e de inserção das hipóteses problemáticas no âmbito de relevância contratual. Tal fenómeno, conhecido por “fuga para o contrato”, é constatável, v.g., quando nos confrontamos com categorias como os contratos com eficácia de proteção para terceiros.

Em segundo lugar, tentam forjar-se direitos aos quais seria reconhecida uma proteção *erga omnes*. Falamos, por exemplo, do direito à empresa, que tem concitado uma rica e estimulante discussão no ordenamento jurídico alemão¹⁶; do direito à integridade do património¹⁷, entre outros.

¹⁶ Sobre o ponto, para mais desenvolvimentos, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade. A precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Almedina, Coimbra, 2005, 2ª parte, cap. I.

¹⁷ A figura surge em Itália. Na sentença de 2 de Julho de 1999 da *Corte di Cassazione – Sezione Unite* (publicada em *Danno e responsabilità*, 1999, 965 s. Cf., igualmente, FRANCO TORTORANO, *Il danno meramente patrimonial. Percorso giurisprudenziale e comparazione giuridica*, Giappichelli Editore, Torino, 2001, 103 s.) superou-se a tese da irremediabilidade dos danos decorrentes da lesão de interesses legítimos. O problema em Itália passava pela qualificação do que é o *danno ingiusto*. Mais concretamente, passava por saber se o dano injusto implica a violação de direitos subjetivos ou se bastaria, para aquela qualificação, a lesão de simples interesses legítimos ou expectativas de facto. Naquela sentença, firmou-se a posição de que a injustiça está dependente do carácter do ato, sendo, portanto, injusto o dano produzido sem ser a coberto de uma causa de justificação. Neste contexto, forjou-se o chamado direito à integridade do património.

Para uma análise cuidada das críticas que se tecem a este direito, cf. TORTORANO, *Il*

Por último, procura-se, dentro da própria dogmática aquiliana, um ponto de apoio seguro que nos permita desvelar a ilicitude para além da violação de direitos absolutos. Nessa medida, torna-se imperioso perscrutar a eventual existência de uma disposição legal de proteção de interesses alheios que possa ter sido violada em concreto, ou, em alternativa, determinar em que medida a conduta do sujeito configura um abuso do direito, previsto no artigo 344º CC.

No caso *sub iudice*, o Supremo Tribunal de Justiça, em face da inexistência de um direito absoluto que pudesse ter sido violado, dada a ausência de uma eventual posse do caminho (relativa a uma servidão de passagem), e da inexistência de uma disposição legal de proteção de interesses alheios que possa ter sido violada, encaminhou a fundamentação da decisão para a análise da cláusula do abuso do direito. Andou aí bem o coletivo do nosso tribunal superior.

Pelo contrário, e embora não diga diretamente respeito ao caso concreto, já não merece o nosso acolhimento a referência aos artigos 485º CC e ao DL nº147/2008, de 29 de Julho, relativo aos danos ambientais. Na verdade, não cremos estar aí diante de hipóteses em que se autorize o ressarcimento dos danos puramente patrimoniais. No que ao artigo 485º CC, parece que o melhor entendimento do preceito nos leva a considerar que os danos causados por informações incorretas podem ser compensados quando possam ser acolhidos por uma das modalidades

danno, 122-123. Entre essas críticas sublinhem-se algumas: a) a construção da figura resulta de uma prisão àquela visão das coisas que entende que só é possível o ressarcimento quando em causa esteja a lesão de um direito absoluto; b) cabem nesse direito interesses económicos de carácter muito dinâmico; c) o património é composto por uma multiplicidade de direitos; d) por fim, trata-se de uma ficção.

Para mais desenvolvimentos, cf. CASTRONOVO, *La nuova Responsabilità Civile*, segunda edição, Giuffrè Editore, Milão, 1996, 90

Sobre a forja do direito ao património, cf. BIGLIAZZI GERI, “Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XIV, Marzo 1996, 29 a 59.

ressarcitórias, não se prevendo a autônoma indemnização dos danos puramente patrimoniais¹⁸.

Do mesmo modo, apesar da formulação contida no artigo 8º DL nº147/2008, uma leitura sistemática do preceito leva-nos a afastar a solução da indemnização dos danos puramente patrimoniais. Na verdade, a lei nº19/2014, de 14 de Abril, que define as bases da política do ambiente, no seu artigo 7º, estabelece os direitos processuais em matéria de ambiente. Reza o preceito que “a todos é reconhecido o direito à tutela plena e efetiva dos seus direitos e interesses legalmente protegidos em matéria de ambiente”, especificando o nº2 que os referidos direitos processuais incluem, designadamente, “o direito de ação para defesa dos direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos, assim como para o exercício do direito de ação pública e de ação popular”¹⁹. No fundo, mantém-se a coerência com o preceituado no artigo 483º CC, parecendo afastar-se, concomitantemente, a possibilidade de se acolherem, a este nível, os danos puramente patrimoniais e, por isso, todos os problemas de não limitação da responsabilidade a que eles nos poderiam conduzir²⁰.

Centremo-nos, portanto, na questão do abuso do direito.

3. O ABUSO DO DIREITO

¹⁸ Com profundidade sobre a responsabilidade por informações, cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*.

¹⁹ Al. a) do nº2 do artigo 7º da lei nº19/2004, de 14 de Abril. Para outros desenvolvimentos sobre o ponto, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Da causalidade à imputação objetiva na responsabilidade civil ambiental”, *Risco Ambiental, Atas do colóquio de homenagem ao Senhor Professor Doutor Adriano Vaz Serra, realizado em 27 de Fevereiro de 2015*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2015. Veja-se, igualmente, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Estudos a propósito da responsabilidade objetiva*, Princípia, 2014.

²⁰ No tocante ao artigo 495º CC, pensamos que o preceito se pode compreender à luz de um certo entendimento da causalidade fundamentadora da responsabilidade e da causalidade preenchedora da responsabilidade. Não nos iremos, contudo, pronunciar sobre o ponto, por ser estranho ao objeto desta anotação e implicar um desenvolvimento que com ela não é compatível.

A para da violação de direitos absolutos e de disposições legais de proteção de interesses alheios, os autores têm entendido que o artigo 334º CC contém, na sua formulação genérica e abstrata, uma cláusula delitual absorvida pelo abuso de direito²¹. Em face da afirmação, a primeira questão com que temos de lidar é a de saber como deve ser concebido o abuso de direito.

Ora, a esse propósito, têm surgido inúmeras teorias. Não as consideremos a todas, limitando-nos a expor aquele que nos parece ser o melhor entendimento acerca do abuso²². Castanheira Neves²³ parte da ideia de que o direito subjetivo é uma “intenção normativa que apenas subsiste na sua validade jurídica enquanto cumpre concretamente o fundamento axiológico-normativo que a constitui”. Ou seja, o direito subjetivo deixa de ser uma estrutura formal para ser encarado como “uma função normativa, teleológico-materialmente fundada”²⁴. E considera que haverá abuso de direito quando “um comportamento tenha a aparência de licitude jurídica – por não contrariar a estrutura formal definidora legal ou conceitualmente de um direito, à qual mesmo externamente corresponde – e, no entanto, viole ou não cumpra, no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício”²⁵. O abuso de direito configura-se, assim, como uma contradição

²¹ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 181; VAZ SERRA, “Abuso de direito (em matéria de responsabilidade civil)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº85, 252. Neste mesmo sentido, podemos ainda consultar ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2003, 563 s.

²² Para outros desenvolvimentos, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*, cap. V e *Liberdade versus responsabilidade*, cap. 2, parte II.

Sobre a conceção do abuso de direito a que aderimos, cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto e Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. *A Crise*, Almedina, Coimbra, 1967, 516.

²³ CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto*, 523 s.

²⁴ CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto*, 522, n. 38.

²⁵ CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto*, 524.

entre os dois polos que entretecem o direito subjetivo. A sua estrutura formal reconhecida pelo ordenamento jurídico e o fundamento normativo que integra esse mesmo direito e lhe confere materialidade devem estar em conformidade. Quando esta não é detetada, ocorre o anunciado abuso.

O direito subjetivo é conformado com uma dimensão axiológico-normativa que faz com que ele, em concreto, seja um direito subjetivo e se integre no ordenamento jurídico concretamente desenhado. Dito de outra forma, se o direito subjetivo é visto como uma forma de realização da autonomia privada, uma forma de exercício da liberdade humana, então, teremos de concluir que ele implica não só a delimitação de uma esfera de ação, mas igualmente uma série de deveres, desde que se entenda a liberdade como uma liberdade em sentido positivo, geradora de responsabilidade e deveres de solidariedade.

Invocado um direito existe uma presunção de conformidade da atuação com o sistema jurídico em que ela se insere. Mas, porque o nosso entendimento do direito não se compadece com uma estrutura formal, temos de ir mais além e indagar se essa aparência de direito existe na realidade. Dito de uma forma mais direta, temos de indagar se a forma – direito formalmente invocado – está ou não em consonância com a teleologia material e axiológica desse mesmo direito. É claro que a teleologia de que aqui falamos não é a primária teleologia tipicamente característica da Jurisprudência dos Interesses, antes implicando o reconhecimento dos valores assumidos *ab initio* pelo sistema jurídico globalmente considerado. Donde resulta, afinal, que o abuso do direito implica que se coteje a estrutura formal do direito concretamente invocado com o sistema de princípios que informam e enformam o reconhecimento e atribuição desse direito pelo ordenamento jurídico²⁶.

²⁶ O abuso do direito traduz-se, afinal, na desconformidade entre a estrutura formal do direito e um princípio normativo – positivo, transpositivo ou supra-positivo – que sustenta o ordenamento jurídico. Cf. CARNEIRO DA FRADA – *Teoria da confiança*, 859 – onde se lê que “no abuso, a ilicitude surge como uma simples contrariedade do

Se assim é, se o abuso do direito decorre do próprio entendimento normativo hodierno, então parece ter mais uma vez razão Castanheira Neves quando diz que não temos de ficar presos às formulações legais que, com recurso a cláusulas gerais, aliás também elas denotadoras da superação de um pensamento positivista, pretendem resolver o problema²⁷.

Não teremos, pois, de ficar presos ao artigo 334º CC.

Em primeiro lugar, não temos de nos ater à fórmula direitos subjetivos, podendo, pelo contrário, sindicarmos o exercício de uma mera faculdade ou de uma liberdade. Por maioria de razão, parece-nos que não pode ser de outro modo. Na verdade, se em causa está, afinal, o controle do exercício de um direito quando ele formalmente existe na medida em que é uma manifestação da liberdade pessoal, entendida nos moldes definidos há pouco, parece-nos do mais elementar rigor considerar que o exercício de uma mera liberdade, não conformada como direito subjetivo, possa passar pelo mesmo crivo que o ordenamento disponibiliza. Andou nesta questão bem o Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão objeto de anotação. Sem que, contudo, possamos deixar de evidenciar um dado: no caso *sub iudice*, mais do que a liberdade genérica para agir, poderia estar em causa era o exercício do direito de propriedade sobre o caminho, caso se provasse que os réus eram, efetivamente, os proprietários do referido caminho. Não existindo tal prova, como parece não ter existido, o problema deveria colocar-se sob o prisma da liberdade genérica para agir.

Por outro lado, teremos de saber, em face do silêncio do artigo 334º, mas perante a quase unanimidade da doutrina, se o abuso de direito reclama o dolo ou se bastará a negligência para que uma conduta possa ser apodada de abusiva. Diríamos que em geral o abuso do direito não reclama o dolo. De facto, não nos parece ser substancialmente diferente, de um ponto de vista

exercício do direito com exigências axiológico-normativas da juridicidade”.

²⁷ CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto*, 529

de ponderação de condutas, a atuação daquele que intencionalmente ou não contraria o seu comportamento anterior no âmbito de uma relação contratual. Em qualquer uma destas situações deve ser vedado o exercício do direito que se invoca porque contrário à materialidade que conforma esse mesmo direito²⁸.

Se é assim em geral, questiona-se, porém, se deve ser assim no tocante à responsabilidade civil. Na verdade, o nosso sistema de responsabilidade mostra-se particularmente restritivo no tocante à concessão de uma pretensão indemnizatória. Em regra, só perante a violação de um direito absoluto ou de interesses legalmente protegidos nasce uma obrigação de indemnização a ser suportada pelo agente do facto danoso, desde que os restantes pressupostos do instituto se verifiquem em concreto. Se assim é, não ocorrendo nenhuma das situações típicas verificadas, tem de haver um tal desvalor da conduta que justifique a imposição obrigacional. O abuso de direito constitui esse *quid* acrescido. Daí que se perceba, concatenando os dois temas, que o abuso de direito não possa configurar uma simples ausência de direito como pretendia um absolutismo jussubjetivo. Não basta a ausência do direito para se poder impor uma obrigação de indemnização a cargo de um sujeito. Eis a razão pela qual a maioria da doutrina entende que, quando esteja em causa a determinação da ilicitude civil, na sua terceira modalidade, é necessário o dolo.

Creemos, porém, que tal não se deve exigir. O que está em causa no abuso do direito não é a intenção de prejudicar terceiros, ou a desconformidade com a moral, mas sim a dissonância entre a estrutura formal do direito que se invoca e a intencionalidade normativa desse mesmo direito. E para a concretização

²⁸ O nosso ordenamento jurídico consagra uma concepção objetivista de abuso do direito, não ficando a sua verificação dependente de um juízo de censurabilidade. Nesse sentido, cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto*, 531, ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, 545-546; HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, 1992, 282; CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, 2ª edição, Lisboa, 1996, 488; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, 64 (embora o autor refira ainda elementos subjetivos para o abuso); VAZ SERRA, “Abuso”, 335-337; CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança*, 858.

dessa dissonância basta a existência de negligência.

Resta, por fim, uma outra questão, aliás, conexcionada com esta. Não é suficiente alargar as hipóteses de verificação do abuso do direito aos casos de negligência. É necessário encontrar os singulares critérios objetivos da sua determinação.

Se o abuso do direito se traduz na desconformidade da estrutura formal do direito com o seu fundamento, temos de ver qual é o direito em causa quando se coloca o problema da responsabilidade civil. Tirando as situações em que haja um conflito particular com outro direito, em muitos casos, o direito que se invoca e que lesa um interesse alheio traduz-se na liberdade²⁹.

²⁹ Sobre o ponto, cf. VASCO DA GAMA LOBO XAVIER e FERRER CORREIA, “Efeito externo das obrigações; abuso de direito; concorrência desleal”, *Revista de Direito e Economia*, 1979, 12. Como referem os autores “seria incompreensível, senão absurdo, que o comportamento contrário à boa fé e aos bons costumes só originasse a responsabilidade do agente quando correspondesse ao exercício de um direito deste”. Quando em causa esteja não um direito, nem uma faculdade jurídica mas a mera liberdade genérica de agir, os problemas tornam-se mais complexos. Quanto a esta liberdade genérica de agir, refere Carneiro da Frada (*Uma terceira*, 61) que é duvidoso “que se possa retirar da proibição do abuso uma norma de imputação delitual por danos causados ao abrigo, não apenas de um direito subjetivo ou de uma posição jurídica específica conferida pelo ordenamento, mas de uma liberdade genérica de agir”. Não cremos que esta seja a melhor solução. Como refere Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos*, 180, ao comparar o sistema português de responsabilidade civil com o sistema alemão e designadamente com a ausência entre nós de um preceito idêntico ao §826º BGB, “parece-nos ter sido correta a opção do legislador ao não incluir qualquer norma especial no sector da responsabilidade civil, pois, (...) um tal preceito viria provavelmente criar mais problemas do que aqueles que resolveria. Mas, por outro lado, já isto mostra que a necessidade de interpretar muito amplamente a noção de direito subjetivo na hipótese de facto do artigo 334º corresponde entre nós a uma imperiosa necessidade de regulamentação: não existe uma outra norma a que possamos recorrer no caso de um mau uso de uma liberdade de ação, fora dos quadros do exercício de um direito.”

Carneiro da Frada não deixa de concordar com o resultado material a que se chega. Apenas contesta a forma como aí se chega. Advoga por isso ser preferível “reconhecer-se no sistema jurídico vigente uma proibição genérica de condutas danosas contrárias aos bons costumes, independentemente da verificação de uma situação de abuso de direito *stricto sensu*” (*Um terceira via*, 63). Não obstante, as duas soluções terem o mesmo efeito prático, o certo é que o recurso ao abuso de direito conforma-se mais com o sistema de responsabilidade civil globalmente considerado. Do autor cf., igualmente, *Teoria da confiança*, n. 121, onde se pode ler que “é também possível

Ora, o fundamento desta liberdade é o princípio da autonomia da pessoa humana, visto como princípio normativo. A ser assim, não nos podemos esquecer que é correlativa a esta autonomia uma ideia de responsabilidade. O que implica que ninguém possa lesar interesses alheios intencionalmente, porque ao fazê-lo está a atuar em contradição com aquele fundo de autonomia que o sistema de juridicidade lhe reconhece. Mas vai-se mais longe e sustenta-se que a autonomia implica deveres de solidariedade para com os demais, ultrapassada que está a conceção da liberdade em termos estritamente negativos. Se assim é, a prete-

desentranhar para o sistema vigente, sem auxílio do abuso do direito, uma proibição destinada a assegurar o mínimo ético-jurídico no relacionamento entre os membros da comunidade jurídica (...). Esta discrepância de índole teórico-constitutiva do campo de aplicação do pensamento do abuso do direito e do seu âmbito projeta-se ao nível metodológico da interpretação-aplicação do Direito. Enquanto a solução de Sinde Monteiro opera com auxílio de uma norma positivada do sistema jurídico – o artigo 334º –, aquela que preferimos implica uma integração através do reconhecimento de uma norma não escrita, dirigida a salvaguardar o mínimo ético-jurídico exigível aos membros da comunidade jurídica como imposição do próprio conceito de Direito. (...) Não se sobreavalié, porém, esta diferença do ponto de vista da praticabilidade das soluções ou da segurança jurídica: a formulação do mínimo ético-jurídico não andarão longe do comportamento, afinal também ele indeterminado, proscrito genericamente pelo artigo 334º, ao referir-se este preceito (...) à manifesta inobservância dos limites impostos pelos bons costumes. Por outro lado, o mínimo ético-jurídico constitui-se em conteúdo de operacionalidade dogmática imediata da tradicional máxima do *'neminem laedere'*”.

Também Diogo Leite Campos considera que “seria particularmente difícil construir juridicamente o abuso de uma liberdade” – “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão do crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, Lisboa, 1986, 52 –, mas admite que, nas situações em que um banco concede crédito, não com a finalidade de satisfazer os seus interesses e os do seu cliente, mas com o mero objetivo de prejudicar terceiros, o seu comportamento deve poder ser sancionado por via da responsabilidade civil.

Vaz Serra afirma que não há motivo para excluir o exercício das meras faculdades do âmbito de aplicação do artigo 334º, pois “a palavra direito é de entender em sentido muito lato, abrangendo a liberdade de contratar” – “Anotação ao acórdão de 17 de Junho de 1969 do STJ”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 103º ano, 1970-1971, 463, n. 3, numa orientação que foi largamente desenvolvida por CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito*, Coimbra, 1973, 574.

Cf., também, ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, 177.

rição desses deveres, designadamente deveres de cuidado, con-substanciando-se uma conduta grosseiramente negligente, deve ser entendida, também ela, como uma conduta abusiva do direito.

Haveremos, porém, de ser cautelosos. Se ficarmos neste patamar, a conclusão seria um alargamento *contra legem* do âmbito da responsabilidade. Não é qualquer preterição do dever de cuidado que está em causa. Em algumas situações, estará em causa a contrariedade a um princípio de precaução. Olhando para um modelo delitual como o pátrio, dir-se-á que – e postulando como primeira modalidade de ilicitude a violação dos direitos absolutos – esta traduz um comportamento ilícito não só em nome da antijuridicidade que caracteriza a lesão de uma posição reconhecida e tutelada pelo ordenamento, como também por indiciar o desrespeito pelo outro, e designadamente, pela sua esfera de reserva.

É ali, nessa liberdade positivamente conformada, distanciada do arquétipo iluminista, que se funda a responsabilidade dos sujeitos atuantes no tráfego jurídico. E exatamente por assim ser, ela contagia na sua bipolaridade dialética todo o agir humano e não só aquele que resulta negativamente na preterição do direito dotado de eficácia *erga omnes*. Posto que, se a relevância jurídica da responsabilidade extracontratual fica, em regra, circunscrita a tal factualidade típica, tal se deve a preocupações de índole sistémico-normativas, colimadas na estrutura económico-societária, e se cumpre num arranjo dogmático elaborado pelo legislador, e densificado pela doutrina e jurisprudência. Mas isto não significa, *mutatis mutandi*, que a lesão de um direito subjetivo absoluto esgote todas as possibilidades de verificação de um comportamento desvalioso, quer porque atentatório do outro, quer porque desresponsabilizante e como tal despessoalizante. Voltamos a sublinhar que a limitação opera por via do estrato normativo. Donde é legítimo aventar que, nalguns casos clamorosamente atentatórios do sentido do justo, em

que se discirna aquela contradição entre o exercício do direito – qualquer que ele seja, na sua estrutura valorativa ancorada na pessoalidade – e um princípio normativo – de precaução ou prevenção, isto é, de cuidado pelo outro –, chancelada como um abuso do direito, a força da materialidade suplante a certeza do positivado em termos legislativos³⁰. A porta é aberta, no estrato mais rarefeito do sistema normativo, pela necessidade de atualização da responsabilidade. E, no plano positivo, pela interpretação remissiva, dogmática e teleológica, do artigo 334º Código Civil. Não nos podemos contentar com a preterição do princípio solidarístico da precaução, mas, outrossim, temos de exigir um aprofundamento criteriológico que, na falta do requisito violação de direitos absolutos alheios, a compense. A outro ensejo, pensámos num esquema imputacional que mobiliza o abuso e transpira estas ideias³¹. Importa, agora, concretizar o abuso por referência ao caso concreto.

Como tivemos oportunidade de referir, no caso concreto, poder-se-ia não colocar o problema do abuso de uma liberdade genérica para agir, mas enfrentar-se a questão do abuso do direito de propriedade, se os réus fossem titulares do direito de propriedade sobre o caminho. Nesse caso, teriam exercido os poderes de facto inerentes ao seu direito de modo a impedir ou dificultar o acesso dos camiões ao terreno da cooperativa.

É com base nesta estrutura de ação que devemos, primeiro, equacionar o abuso que eventualmente possa ter existido.

³⁰ Sobre a importância da consideração do abuso do direito a propósito da responsabilidade civil, sobretudo em sistemas que não prescindem do requisito expresso da ilicitude, cf. EMANUELA NAVARRETTA, “Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XVI, 4, 1998, 630-631. Ver ainda SALVI, “Abuso del diritto, Diritto Civile”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, I, Roma, 1988, 5

³¹ Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade*, 380 s.

Para percebermos que não as esgota podemos pensar, por exemplo, numa situação em que intencionalmente um sujeito atua de modo a gerar um dano a outra pessoa, sem outra intenção que não seja essa emulativa.

Estamos, portanto, no domínio dos direitos reais, definidos por Henrique Mesquita como a relação de soberania ou de domínio de uma pessoa sobre uma coisa, exercida segundo um determinado estatuto, definido por lei, que é não só fonte de poderes, mas também de deveres³², que passam a coexistir ao lado de restrições ao exercício do poder em que aquele se consubstancia³³. Acresce que, porque de terrenos próximos se trata, podemos chamar à colação o sentido das relações de vizinhança que nos oferecem o alcance da intuição do abuso que perscrutamos³⁴.

Do que se trata a esse propósito é de, e dando mais uma vez voz a Henrique Mesquita, “fixar o estatuto de ordenação jurídica dos bens, estabelecendo em que termos estes são postos à disposição do titular”³⁵.

O poder de dispor livremente dos bens, em que afinal se vem a traduzir a essência do direito, não é predisposto, no caso do direito maior, à realização de um determinado interesse. Bem assim que o proprietário de um imóvel pode opor-se, ainda que nisso não colha nenhum fruto, a qualquer ato de terceiro que contenda com o objeto do seu direito. Mas a não funcionalização do direito – atestada de forma clara no que concerne ao lado externo dele e intuída a partir dessa constatação no que tange ao lado interno pela interpretação *a contrario* da intencionalidade do nº2 do artigo 1342º CC – não é sinónimo da falta de uma

³² HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações reais e ónus reais*, Almedina, Coimbra, 1997, 54 s.

Note-se que a conceção de direito real propugnada pelo insigne civilista não colhe unanimidade.

³³ HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações reais*, 10 s., com inúmeras indicações bibliográficas quanto ao ponto.

³⁴ Não é, porém, unânime o entendimento acerca do ponto, não sendo raras as vezes que ecoam no sentido de ver a regulamentação das relações de vizinhança sob a ótica da colisão de direitos. Sobre a relação entre o abuso do direito e a colisão de direitos, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípiã, 2013, 1362 s.

³⁵ HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações reais*, 96.

teleologia específica daquele mesmo direito. Significa somente que a amplitude dos poderes do proprietário dita a possibilidade de prosseguir através da titularidade do direito qualquer fim, colimado, em última instância, na fruição das condições essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um.

Mas se ele existe em nome dessa ideia maior, então não pode ser mobilizado em concreto segundo condições que contrariem a sua intencionalidade última. O direito de propriedade não pode ser invocado para destruir os laivos da personalidade que predicam o ser humano. Dito de outro modo, não pode afastá-lo do seu semelhante mas é reconhecido estruturalmente no sentido de garantir o encontro desassombrado com os demais. Daí que o pórtico de entrada da disciplina da propriedade sobre imóveis seja complementado, em seguida, com uma série de disposições que, recusando o isolamento, estabelecem as bases do relacionamento com outros proprietários.

Fazem-no, estabelecendo os limites do próprio direito e nesse sentido impedindo a superveniência de um conflito. Mas fazem-no também dotando aquilo que podia ser uma pura forma de uma dimensão ética, já que em todas as prescrições normativas avulta a nota do reconhecimento da dignidade do outro com quem o proprietário se encontra. Não parece, de facto, ser outro o sentido para a proibição da construção ou manutenção de instalações ou depósitos de substâncias corrosivas ou perigosas sempre que isso possa implicar efeitos nocivos no prédio vizinho ou para a obrigação que, arredando o egoísmo que podia ser fomentado pela relação de soberania com a coisa, impende sobre o dono do prédio que deve permitir a passagem forçada momentânea³⁶.

A coloração comunicada pelas normas chamadas à colação não nos pode deixar indiferentes. Pelo contrário, ela transmite o sentido da intencionalidade última do reconhecimento do direito subjetivo. Não da sua intencionalidade primária, vulgo a

³⁶ Cf. artigos 1346º e ss. do Código Civil.

sua teleologia, pois não seria razoável sustentar que o interesse primariamente prosseguido pelo titular daquele fosse expressão de um altruísmo próprio de uma comunidade de santos. Mas – e voltamos a repetir – da sua intencionalidade mais funda que, por ser o direito um dever ser que é, já não se mostra inconsonante com a raiz da humanidade com que lidamos.

A estrutura do direito subjetivo há-de ser incorporada com as notas da personalidade e que o seu exercício não pode deixar de se conformar com ela. Com efeito, o reconhecimento de um direito subjetivo pelo ordenamento jurídico não o faz resvalar para o limbo da exclusividade. Ele integra-se num todo, cuja axiologia predicativa há-de ser comum. Ora, sendo o todo de que ele é parte composto, no seu estrato mais profundo, também por princípios normativos, à luz dos quais as normas serão sempre mobilizadas e interpretadas, o direito polarizado no sujeito deve, uma vez exercido, conformar-se com eles que redundam, afinal, na ineliminável dignidade ética do ser humano tido como pessoa.

O abuso desvelar-se-á sempre que o direito – formalmente invocado – se mostre dissonante, no seu exercício concreto, com um princípio normativo do sistema, seja ele positivo, transpositivo ou suprapositivo³⁷. É com base nesta ideia que temos de compreender o caso concreto. Antes, porém, importa sublinhar a diferença entre dois esquemas de referência.

Um que nos remete para o confronto do exercício do direito subjetivo com a finalidade que preside à sua atribuição ou reconhecimento e relativamente ao qual temos de ser especialmente cautelosos, sob pena de resvalarmos para o erro da instrumentalização do próprio direito³⁸; outro que nos conduz à confrontação entre aquele direito e os princípios que o louvam.

³⁷ Cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança*, 859, onde o autor sustenta, a propósito da concatenação entre o abuso do direito e a responsabilidade civil, que, “no abuso, a ilicitude surge como uma simples contrariedade do exercício do direito com exigências axiológico-normativas da juridicidade”.

³⁸ A cautela a que se faz apelo induz-nos a estabelecer um critério objetivo que obste

A dicotomia traçada percebe-se mais claramente com apelo aos direitos de personalidade enquanto modalidade classificatória dentro da subjetivação com que lidamos.

Tomemos como exemplo o direito à integridade física. Na caracterização do objeto e conteúdo deste direito, falam os autores do poder de autodeterminação sobre o próprio corpo. Colimada na liberdade/autonomia do ser pessoa, não pode o sujeito invocar o direito em contravenção com a dignidade da pessoa em nome da qual a tutela foi erigida. E não pode porque, ao fazê-lo, não está a invocar um direito mas um não direito, já que, em nome da sua teleologia, o conteúdo que concretamente lhe é comunicado não abarca tal possibilidade.

Não pode, lançando mão daquela faculdade jurídica secundária, a pessoa mutilar-se ou sequer autorizar que outrem perpetre contra ela tal ato. Em geral, a lição decorre do artigo 81º, nº1, do CC e explicita-se pela nulidade do ato voluntário limitador do direito de personalidade quando atentatório da ordem pública. Em particular, a solução resulta da inexistência do direito diante da reivindicação concreta. Note-se que, aqui, entra em jogo a dignidade da pessoa humana e com ela uma das ideias que entretecem o princípio normativo do direito enquanto direito. Não obstante, não se fala propriamente de um abuso. Este avulta quando o direito, existindo em concreto, no seu exercício choca com a dimensão de fundamentação.

A confusão aparente nasce a partir da natureza específica

ao anunciado perigo de funcionalização. Tal critério passa pela linha divisória entre as situações em que o direito – aqui entendido como direito absoluto – é exercido pelo acionar das faculdade jurídicas secundárias que o integram e aquelas em que, emergindo um problema juridicamente relevante mobilizador dos expedientes que o ordenamento disponibiliza para lhe fazer face, se indaga pela presença ou não desse mesmo direito.

Não a propósito da consideração dos interesses mas da contemplação dos valores, cf., neste âmbito, HÖRSTER, *A parte geral*, 279, onde se estabelece a diferença entre a vinculação e a funcionalização. O autor chama-nos a atenção para o facto de aquela poder revestir diferentes formas e intensidades, mas nunca poder ir ao ponto de contrariar a finalidade normativa do reconhecimento do direito, ou seja, nunca pode substituir-se à vontade autónoma do titular ou sequer esvaziar o conteúdo do dele.

daqueles direitos. E, simultaneamente, permite-nos, pelo alargamento do pensamento tópico-exemplificativo, clarificar os critérios de desvelação daquele abuso. Se A, pessoa, usar a sua liberdade de expressão de modo tal que ponha em causa a dignidade de B, a contradição gerada não ocorre entre o direito e o fundamento do seu reconhecimento, mas diretamente entre o exercício que do direito se faça e o princípio normativo do reconhecimento da dignidade do outro e portanto dos direitos de personalidade dele. Há aqui abuso, ao contrário do que sucedera no primeiro caso apontado³⁹⁻⁴⁰.

Ou seja, o que se imbrica ao nível dos direitos de personalidade – levando alguns autores a sustentar a inadmissibilidade do abuso por referência aos mesmos – acaba por nos fazer perceber a duplicidade de grandezas com que temos de lidar, só uma comunicando o exato sentido do abuso⁴¹.

³⁹ Tanto assim é que, no primeiro caso, jamais a *mutilação* (enquanto tal, na sua pureza) perde o seu carácter ilícito, ao passo que a ofensa à honra de outrem, se levada a cabo a coberto de notas subjetivas que a justifiquem, pode perder o rótulo que abstratamente a chancela.

É claro que determinados atos aparentemente atentatórios do direito à integridade não o são. Basta, para tanto, que integrem, *v.g.*, a categoria do ato médico. Porém, não se trata aí de uma mutilação mas de um ato predispostos ao diagnóstico, prevenção, cura, etc. Do mesmo modo, não poderá ser entendida como mutilação a mortificação religiosa.

⁴⁰ Cf. HÖRSTER, *A parte geral*, 283.

Distingue-se entre o abuso institucional e o abuso individual. Este caracterizar-se-ia por, em virtude de circunstâncias ou relações especiais, a invocação do direito entrar em contradição com a ideia de justiça (pág. 284). Já o primeiro se quedaria na mobilização do direito para fins que estão fora das funções para as quais ele foi atribuído pela norma. Considera Hörster que “esta conexão funcional deve ser considerada já na interpretação do conteúdo da norma” e que, “se a interpretação levar ao resultado que a norma não confere o direito invocado ou com o conteúdo invocado, estamos não perante um abuso de direito mas em face do exercício de um direito subjetivo aparente não existente na realidade”.

⁴¹ Na intelecção do abuso cumpre ainda salientar um outro ponto. Tentámos apresentar o seu desenho concreto tal-qualmente o concebemos, na esteira de muitos que, antes de nós, sobre ele se pronunciaram. Importa, agora, retificar um dado. Na verdade, aquele abuso apenas existirá quando o atentado aos princípios fundadores do sistema se possa dizer direto.

Apontámos já um dos crivos de aferição de tal carácter direto, separando os reais casos

O personalismo aqui chamado à colação coenvolve, pois, a conformação material do direito subjetivo, induzindo-nos a uma dupla remissão do enunciado formal com que o mesmo se possa apresentar. Uma remissão para o fundamento material que o sustenta – dimensão axiológica do direito, visto, então, e nessa medida, como uma forma de concretização da liberdade humana; uma remissão para o interesse que lhe está subjacente – dimensão teleológica do direito.

Voltemos ao caso *sub iudice* e pensemos na sua estrutura problemática na pressuposição fáctica de que se partiu: o caminho era propriedade dos réus. O exercício do direito de propriedade, embora não atente contra a sua estrutura teleológica (primária), acaba por chocar com princípios fundamentantes do sistema, designadamente o princípio da confiança e o princípio do respeito devido pela atividade económica da cooperativa.

Se, pelo contrário, o caminho não fosse propriedade dos réus, o exercício da liberdade genérica para agir acabaria por contrariar, igualmente, o respeito devido pela atividade económica da autora⁴².

de abuso daqueles outros em que o direito simplesmente está ausente.

Há que salientar o segundo dado que, conjugando-se com o primeiro, viabiliza o recorte exato do instituto. Efetivamente, não integram o chamado abuso do direito as situações em que o exercício deste não se mostra desconforme com um princípio normativo, mas acaba por acarretar que aquele seja posto em causa.

Por isso entendemos não estar diante de uma situação de abuso do direito, a despeito do entendimento generalizados dos Tribunais, naquelas situações em que o arrendatário, pagando uma renda baixíssima, vem depois requerer ao senhorio que efetue obras no locado. Na verdade, ao fazê-lo, aquele arrendatário não está a exercer o direito em desconformidade com um princípio normativo, embora o resultado concreto de uma sentença favorável à sua pretensão seja o agravamento do desequilíbrio de prestações. Ou seja, é o resultado em si mesmo que põe em causa um princípio normativo, facto que fundamenta a improcedência da ação, e não o exercício do direito. É que, aqui, ao contrário do que ocorre nas hipóteses de conduta abusiva, não é possível formular o juízo de censura que a excecionalidade do instituto reclama.

⁴² Haveria de se determinar, em concreto, se, não sendo propriedade dos réus, o caminho poderia estar integrado no domínio público. Sendo este um caminho público, como vimos *supra*, a ser perturbado o trânsito que por meio dele se efetuava, poder-se-ia aventar a desvelação da ilicitude por via da segunda modalidade.

Em qualquer das hipóteses, é discernível o abuso, existindo, portanto, um comportamento ilícito.

Esta ilicitude coenvolve a culpa.

A invocação da confiança ao nível da responsabilidade civil requer, segundo a doutrina, uma situação de confiança, uma justificação de confiança, um investimento de confiança e a imputação da confiança⁴³. Não bastaria, portanto, a utilização do caminho pela cooperativa, ao longo de vários anos; seria necessário que a pessoa coletiva tivesse acompanhado essa utilização de elementos que permitissem razoavelmente fazê-la contar com a mesma. Por outro lado, a confiança teria de se basear no comportamento dos réus, que, apercebendo-se da utilização que era feita do caminho, não se oporiam a ela. A ilicitude parece advir da quebra abrupta dessa confiança. No caso concreto, exige-se, porém, mais: porque se trata de um ato de tolerância, os proprietários do caminho podem, em rigor, opor-se à passagem que por ele é feita. O desvalor da conduta resulta, aqui, do facto de essa oposição ocorrer inesperadamente, sem razão justificativa e num momento em que o caminho estava a ser vital para a consecução da atividade da cooperativa e as obras que ela levava a cabo no seu terreno. Nessa medida, a quebra da confiança só é relevante porque, sendo previsíveis os danos advindos da paralisação das obras, ou eles foram intencionalmente provocados, ou foram gerados, sem um interesse subjacente, por desrespeito para com a pessoa coletiva em questão e a sua esfera de atividade. Nessa medida, a ilicitude coenvolve, como referido, a culpa, desvelando-se a *faute* napoleónica⁴⁴.

⁴³ Cf. CARNEIRO DA FRADA, *Uma terceira via*, 103 s.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte Geral*, tomo I, Almedina, Coimbra, 411 s.

⁴⁴ Por aqui percebe-se que o cerne da questão não está na violação do princípio da confiança, mas no desrespeito pela atividade económica do terceiro. Se a confiança pode ser entendida como o fundamento último da responsabilidade contratual (e pré-contratual), a justificar que tais regimes assimilem hipóteses problemáticas que apresentem um âmbito de relevância menos amplo (e, no qual falta, afinal, a vinculação ou quase-vinculação negocial), o que aqui está em causa é a quebra abrupta de expectativas que o tempo foi sedimentando, que, contudo, não pode ser tida como última

Tratando-se de uma mera liberdade genérica para agir, a ilicitude também só é discernível na simbiose com a culpa. Não é a perturbação ou o agravamento da dificuldade do transporte de materiais para as obras que é ilícita; a ilicitude do comportamento resulta do facto de essa perturbação ser acompanhada da previsibilidade dos danos que isso comportaria para a cooperativa e de ser desacompanhada de qualquer interesse da parte dos réus.

4. O PROBLEMA DA CAUSALIDADE

De acordo com o que ficou expresso, movemo-nos, no caso *sub iudice*, no quadro da terceira modalidade de ilicitude. Ora, isso não pode deixar inalterado – como sublinhámos noutro trabalho – o problema da causalidade. O Supremo Tribunal de Justiça resolveu a questão apelando ao critério da causalidade adequada. Neste segmento, não nos parece aceitável a posição do coletivo.

Em primeiro lugar, a causalidade adequada mostra-se, em geral, um critério falho para a sindicância do que deve ser compreendido como imputação objetiva, não nos permitindo aceder a uma solução segura e não garantindo o acerto normativo da decisão, ao mesmo tempo que enreda o decidente em dificuldades de múltipla ordem⁴⁵.

instância de fundamentação da imputação. Pelo contrário, este fundamento encontra-se na ideia de liberdade exercida em contravenção com o sentido mais denso da pessoalidade (responsável). A responsabilidade que se joga a este nível não é, portanto, uma pura responsabilidade pela confiança (exceto se operássemos uma “fuga para o contrato” e quiséssemos ver na estabilidade da utilização do caminho um contacto social análogo a uma relação contratual, hipótese em que sairíamos do âmbito da responsabilidade extracontratual). A quebra da confiança surge, portanto, como instrumento de desrespeito pela atividade económica exercida.

⁴⁵ Sobre o ponto, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*, cap. II e *Responsabilidade civil: novas perspetivas em matéria de nexó de causalidade*, Princípia, 2014.

Em segundo lugar, devidamente compreendida, o requisito causal deve ser entendido como um verdadeiro nexo de imputação objetiva, a ficar dependente da estrutura do ilícito de que se parta. Por isso, no tocante à terceira modalidade de ilicitude, os danos indenizáveis serão aqueles que seriam obviados se o comportamento tivesse sido conforme ao direito. Dito de outra forma, no caso de se provar a existência de um direito de propriedade por parte dos réus sobre o caminho, a quebra da confiança só é relevante porque, sendo previsíveis os danos advindos da paralisação das obras, ou eles foram intencionalmente provocados, ou foram gerados, sem um interesse subjacente, por desrespeito para com a pessoa coletiva em questão e a sua esfera de atividade. Os danos indenizáveis são apenas e só aqueles que, mostrando-se previsíveis no que respeita à situação concreta das obras, deveriam ter determinado um comportamento diverso por parte dos réus. Não existindo o referido direito de propriedade, a ilicitude do comportamento resulta do facto da destruição do caminho ser acompanhada da previsibilidade dos danos que tal comportaria para a cooperativa, no que tange às obras. São esses – e só esses – os danos indenizáveis.

Se nos orientássemos pela adequação, para além de todos os problemas dogmáticos que poderiam surgir, seríamos confrontados com outra dificuldade: como justificar que, dificultando-se e, com isso, atrasando-se as obras, não se indenizassem os danos sofridos pelos cooperadores que viram a atividade da cooperativa paralisada?

5. UMA OUTRA VIA DE DESVELAÇÃO DA ILICITUDE, EM CONCRETO?

Vimos anteriormente que, no caso concreto, não tendo sido provado a quem pertencia aquele caminho público, não foi possível invocar quer a violação do direito de propriedade sobre

ele (no caso de pertencer à cooperativa), nem foi possível invocar a violação de disposições legais de proteção de interesses alheios (no caso de se tratar de um caminho público).

Independentemente da questão concreta da propriedade sobre o caminho, importa questionar – mesmo que de jeito não conclusivo – se não seria possível aventar-se a violação do direito de propriedade sobre o terreno propriedade da cooperativa, que era servido por aquele caminho. Em caso de resposta positiva, alterar-se-ia a equação do problema, orientando o decidente pela responsabilidade delitual assente na primeira modalidade de ilicitude.

Como refere Sinde Monteiro⁴⁶, “não deixa de ser isento de dificuldades o traçar de uma fronteira com a violação do direito de propriedade, sobretudo nestes casos em que a perturbação não se traduz numa agressão à substância da coisa, nem ao proprietário é retirada a respetiva posse ou ela é usada por um terceiro, mas em que através do comportamento deste apenas são tocados os pressupostos externos sem os quais a coisa não pode ser utilizada de acordo com o fim a que se destina, portanto principalmente nas hipóteses em que se verifica um impedimento temporário do uso da coisa”⁴⁷. Considerando que o direito de propriedade inclui entre as faculdades que o caracterizam o poder de usar a coisa, não poderemos deixar de entender que a atuação sobre os pressupostos externos do direito que impeçam a

⁴⁶ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 200

⁴⁷ No sentido de afirmar a dificuldade de distinção entre o que configura ou não uma lesão do direito de propriedade, cf. DAVID HOWARTH, “Economic loss in England: the search for coherence”, in BANAKAS, *Civil Liability*, 27 a 53. Exemplo disso é o caso de fronteira apresentado pelos autores – o *trust*.

Cf., igualmente, CHRISTIAN WITTING, “Compensation for pure economic loss from a continental lawyer’s perspective”, in WILLEM VAN BOOM, HELMUT KOZIOL, CHRISTIAN WITTING (ed.), *Pure economic loss*, 104 s., assertivamente considerando o exemplo da perda de informação contida num disco duro de um computador e questionando se tal caso pode ser equiparado à perda de funcionalidade do próprio disco.

sua utilização constitui uma violação do mesmo⁴⁸⁻⁴⁹. No caso

⁴⁸ MERTENS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 2. Halbband*, 2ª edição, München, 1986, 1478 s., considera para os casos em que a utilização de uma coisa depende tipicamente da garantia de determinadas condições ambientais fisicamente determináveis, como o fornecimento de energia, que uma modificação que atua diretamente sobre a correspondente relação coisa/ambiente deve ser vista como uma lesão da propriedade quando perturba tão duradouramente o uso da coisa que diminui com isso o respetivo valor de mercado. Se a interrupção for passageira, não atuando sobre a substância da coisa e não levando a uma diminuição do valor de mercado da mesma, então deve considerar-se que não há lesão da propriedade. Trata-se nesse caso, segundo o autor, de uma perturbação da relação de produtividade que não é de contar como violação delitual. Fala-se, então, de uma diferenciação dogmática entre *Verderbschäden* – danos de estragos – e *Gebrauchsausfallschäden* – danos de perda de utilidade pela quebra de energia.

Haverá violação da propriedade quando haja perturbação da função da coisa resultante de um efeito sobre a coisa ou de um efeito sobre uma relação ambiental de que dependa aquela função, diminuindo o valor económico daquela. Considerando que o âmbito de proteção da propriedade depende também da finalidade da atuação do lesante, cf. pág. 1466.

⁴⁹ Ao nível da doutrina penalista tem-se considerado modernamente que o bem jurídico tutelado ao nível dos crimes contra a propriedade não é a propriedade em si mesma, mas a “relação de facto sobre a coisa – poder de facto sobre a coisa – tutelando-se, dessa maneira, a detenção ou mera posse como disponibilidade da fruição das utilidades da coisa com um mínimo de representação jurídica” (FARIA COSTA, “Artigo 203^o”, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p.30). A construção dogmática do bem jurídico penalmente relevante nesta sede permite aos autores ensaiarem soluções novas para problemas outrora inscritos no domínio de uma verdadeira lacuna de punição. COSTA ANDRADE – “Artigo 212^o”, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, 204 – dá-nos alguns exemplos: “momentos antes de um violinista iniciar um concerto importante, um colega invejoso retira-lhe o instrumento e esconde-o, para o fazer reaparecer no dia seguinte ao concerto; o repórter fotográfico de um jornal subtrai a máquina do colega de um jornal concorrente e esconde-a por uns instantes, os bastantes para impedir de registar o evento de marcante interesse jornalístico”. Trata-se de uma situação que não configura um crime de furto. Na verdade, embora exista a subtração da coisa, não existe intenção de apropriação. Do mesmo modo, considerando-se que o bem jurídico protegido em sede do crime de dano é a propriedade, não faz sentido considerar que o tipo objetivo se preencheu. Porém, se olharmos para o fundamento da tutela como “a disponibilidade da fruição das utilidades da coisa com um mínimo de representação jurídica”, facilmente constatamos que a coisa se torna não utilizável quando, ainda que momentaneamente, a pessoa fique privada da utilização da coisa. Não se tratará de uma qualquer privação, sendo mister determinar esta forma de conduta. Consubstancia-se em “ações que reduzam a utilidade da coisa segundo a sua função” (COSTA ANDRADE, “Artigo 212^o

concreto, não está em causa a utilização do terreno que é propriedade da cooperativa, mas a atuação dos réus dificulta que nele se executem as obras que tinham sido iniciadas.

Toda e qualquer situação que ponha em causa a fruição do bem objeto do direito, tendo em conta as suas diversas funcionalidades, deve ser considerada como ilícita do ponto de vista do direito de propriedade. Dito de outra forma, sempre que a coisa, ainda que não afetada na sua substância, deixe de cumprir a sua função haverá violação do direito. Do mesmo modo, sem-

Código Penal”, 223). Preso, contudo, à ideia da propriedade como o bem jurídico penalmente relevante, o último autor citado entende que a conduta tem que ter ligação à corporeidade da coisa. No mesmo sentido, e segundo indicação do autor, se terá pronunciado a Relação do Porto ao afirmar “não comete o crime de dano aquele que estaciona o seu automóvel por forma a barrar a saída de outros veículos e, intimado várias vezes pelo ofendido a retirá-lo do local, recusa-se a fazê-lo, desse modo o impedindo, durante oito dias, de circular com o seu automóvel e, assim, lhe causando prejuízos” (p. 224). Já para outros autores, não é necessário que seja afetada a coisa em si mesma, bastando que quem a usufrui não possa retirar as utilidades inerentes à sua função por um qualquer ato exterior.

Não nos debruçando sobre a questão de um ponto de vista estritamente penal, escusando-nos a entrar nos meandros de uma dogmática estranha ao nosso campo temático e portadora de especificidades próprias, motivadas pelas preocupações de tutela dos direitos dos eventuais arguidos, resta-nos perceber que, independentemente da melhor solução nessa sede, em termos civilísticos não nos merece qualquer dúvida que podemos e devemos considerar como violação do direito de propriedade os exemplos atrás apontados. Qual, efetivamente, a diferença material entre a situação caracterizada pela destruição de uma das rodas de um automóvel impedindo o seu proprietário de o utilizar, ou aquela outra apresentada em que, não havendo qualquer lesão da substância da coisa, o seu proprietário (ou possuidor) se vê impossibilitado de o utilizar, sofrendo com isso prejuízos, pelo facto de alguém bloquear a entrada do seu estacionamento? Sendo aceite que a racionalidade especificamente jurídica se pauta pela matriz analógica projetável no esquema judicativo-decisório, veremos que as intencionalidades problemáticas de ambas as situações são assimiláveis em termos problemáticos. O que nos leva a concluir que não há razões para lhes dar um tratamento diferenciado. É claro que é muito mais fácil determinar a destruição ou danificação da substância da coisa do que a inutilização da mesma nos termos propugnados. Mas esse obstáculo não nos deve impedir de sustentar esta posição. Designadamente, coloca-se o problema de saber em que medida é que a propriedade foi violada pelo simples facto de a pessoa não poder utilizar a coisa. A questão volta a ser uma já nossa conhecida. Ou seja, voltamos a ter de lidar com o problema de saber como determinar a função que a coisa desempenha.

pre que ela, pese embora cumpra a sua função, importe, por interferências externas, um agravamento da posição do seu titular haverá violação do direito⁵⁰.

A hipótese deveria, portanto, ser ponderada ao nível da decisão judicativa.

⁵⁰ No sentido de sublinhar a importância da consideração da existência funcional e não fáctica da coisa, devendo, portanto, ser esse o critério de aferição da lesão da propriedade, cf. MERTENS, *Münchener Kommentar*, 1477 s. Note-se que é por afirmar que o direito delitual visa, a este nível, tutelar a função típica e social da propriedade que o autor chega à conclusão que a violação da propriedade se projeta sempre numa diminuição do valor de mercado da coisa.

Dando o exemplo do bloqueio de um meio de transporte, o autor refere que se aquele fica imobilizado durante largo tempo isso se reflete no seu valor de mercado, havendo lesão da propriedade, o mesmo não acontecendo quando a paralisação é momentânea. Novamente se colocam problemas no que toca ao traçar da fronteira entre dano e ilicitude, sem que, contudo, os conceitos se confundam.