



Luís Miguel Caldas Ribeiro Silva Amorim

A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Dissertação de Mestrado, especialidade em Ciências Jurídico Forenses

Apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientadora: Mestre Maria Manuel Veloso

Coimbra/2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Luís Miguel Caldas Ribeiro Silva Amorim

A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Dissertação de Mestrado, especialidade em Ciências Jurídico Forenses

Apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientadora: Mestre Maria Manuel Veloso

Coimbra, 2014

Abreviaturas

Art. - Artigo

CC - Código Civil

CRP - Constituição da República Portuguesa

ed. – Edição

p. – Página

pp. – Páginas

ss. – Seguintes

vol. – Volume

Introdução:

Protagonista nos vários domínios do Direito Privado, pela extraordinária importância prática que assume e por todos os estudos que lhe foram dedicados¹, a responsabilidade civil foi sempre uma matéria que me chamou à atenção enquanto estudante, sobretudo por se ter apresentado como o instituto de garantia dos lesados.

No entanto, foi a discussão acerca da sua função punitiva que motivou este estudo, a saber, primeiro, se ela existe e, depois, em que termos e para que fins, numa altura em que a nova realidade social parece reclamar uma resposta, o que aliás faz, salvo melhor opinião, de forma instantânea.

Ora se, por um lado, acompanhei a crescente objectivação da responsabilidade civil², a socialização do dano³, os dogmas tradicionais acerca da teoria da culpa⁴ e, assim, a

¹ PAULA MEIRA LOURENÇO, “A Função Punitiva da Responsabilidade Civil”, Coimbra Editora, 2006, p.1; ANTUNES VARELA, “Das obrigações em Geral”, Vol. I, 10ª Edição, 2000, p.518.

² Tal como ensina Antunes Varela, o aumento e a inevitabilidade dos acidentes de trabalho decorrentes do recurso à máquina e aos processos mecânicos, típicos das revoluções industrial e tecnológica, aliado à menor qualificação dos trabalhadores e à sua existência em grande número- o que revelava a dificuldade em fazer prova de culpa dos empresários nos acidentes de trabalho e o incómodo que os trabalhadores sentiam em demanda-los-, vieram dar origem aos maiores ataques à teoria da culpa, pois surgia assim, naquela altura, a necessidade de se imputar objectivamente determinados danos aos exploradores das novas actividades, mais perigosas, fazendo-os responder independentemente de culpa sua. As respostas tiveram concretização, primeiro, na teoria do risco profissional, dirigida precisamente aos acidentes de trabalho e, depois, nos vários sectores de actividade, mas partindo sempre do mesmo princípio, o do *ubi commodum ibi incommodum*, tradutor da tese risco-proveito e que significa que aquele que utiliza em seu benefício coisas que são perigosas para os outros, deve suportar as consequências que para eles resultem desse emprego. Hoje, este tipo de responsabilidade independente de culpa assume capital importância no sector dos acidentes de trabalho, onde a responsabilidade patronal só é excluída nos acidentes devidos a dolo ou culpa grave do trabalhador, e no sector dos acidentes de viação, alastrando-se a muitos outros (ANTUNES VARELA, “Das obrigações em Geral”, *Ob. Cit.*, pp. 629-634; PAULA MEIRA LOURENÇO, “A Função Punitiva da Responsabilidade Civil”, *Ob. Cit.*, pp. 194 e 222; VAZ SERRA, “Fundamento da Responsabilidade Civil”, (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções ilícitas), Lisboa, 1959, p.8).

³Nas palavras de Antunes Varela, “...a socialização do dano procura assegurar a indemnização ao lesado, mesmo nos casos em que seja desconhecido o autor da lesão ou em que ele, embora conhecido, careça de meios necessários para assegurar a reparação do dano” (ANTUNES VARELA, “Das obrigações em Geral”, *Ob. Cit.*, p.523) e deve ser garantida através de sistemas próprios, que poderiam variar entre a existência de seguro por parte do lesado ou do lesante, e a assunção da responsabilidade pelo Estado (VAZ SERRA, “Fundamento da Responsabilidade Civil”, *Ob. Cit.*, p. 141 e seguintes).

⁴ A responsabilidade dependente de culpa era incapaz de resolver os novos problemas de ordem sócio-económica e era confundida com o sistema de vingança privada e com as penas pecuniárias privadas do direito romano, etc..

função essencialmente reparadora da responsabilidade civil, por outro, deparei-me com os problemas de ordem sócio-económica daí resultantes pois, perante a insuficiência da obrigação de indemnizar, por estar limitada ao dano, os lesantes passaram a actuar com uma racionalidade puramente económica, optando por lesar direitos sempre que dessa actuação obtivessem lucros. O que me parece vir reclamar, verdadeiramente, uma reacção preventivo-sancionatória do instituto, pelo menos em moldes mais eficientes.

Ora vejamos, a título exemplificativo, a vantagem que resulta para a empresa que polui o ar com cheiros desagradáveis, ou os rios com resíduos poluentes, provocando, dessa maneira, danos ao ambiente e às pessoas, pagando constantemente as multas devidas por essa poluição- como se de uma despesa se tratasse-, porque lhe sai muito mais barato do que adaptar as fábricas às regras sanitárias exigidas; para o produtor de automóveis que, depois de descobrir um problema grave num dos seus modelos de carros com mais mercado, opta por o não reparar, porque a perda ou diminuição das vendas daquele modelo, aliada aos altos custos da sua reparação, lhe saem muito mais caro do que as eventuais indemnizações que possa vir a ter de pagar em sede de responsabilidade civil do produtor; para os meios de comunicação que, divulgando factos falsos relativos à vida privada dos famosos, utilizando abusivamente a sua imagem ou, simplesmente, usando-a sem a sua autorização, têm elevadíssimos lucros decorrentes do aumento das vendas de revistas ou das audiências, que vão ser muito superiores ao montante que terão de pagar posteriormente aos lesados a título de compensação por danos não patrimoniais; etc.

A esta impotência face ao ilícito, acrescem outros factores de enfraquecimento das teses que sustentam a valia socialmente relevante, ético-jurídica de uma função exclusivamente reparatória da responsabilidade civil, como o aparecimento dos danos não patrimoniais, não reparáveis mas antes compensáveis, por serem insusceptíveis de avaliação em dinheiro e, assim, incalculáveis pelo critério clássico da teoria da diferença. Daí, o seu cálculo passou a ser definido por critérios que dizem respeito ao lesante, como o recurso ao seu grau de culpa.

Desta forma, o objecto deste trabalho é a responsabilidade Civil, questionada nas suas funções e capacidade para fazer frente aos novos problemas que parecem convocá-la; procurar ainda algumas soluções dentro e fora do instituto da responsabilidade civil.

Quanto às funções, procurarei extraí-las do conceito e pressupostos da responsabilidade civil, presentes nos vários artigos do código civil, auxiliado pelo que de melhor encontrei na doutrina e na jurisprudência. Os problemas, apresentá-los-ei ao longo de todo o trabalho, uma vez que parecem resultar da própria forma como lemos, interpretamos e aplicamos o instituto da responsabilidade civil.

1- Responsabilidade Civil

1.1 - A Liberdade e a Responsabilidade

A partir do momento em que o homem se considerou um ser autodeterminado e livre, com vontade de aceder ao mundo e dele usufruir de forma própria, surgiu dentro de cada sociedade a necessidade de erigir uma ordem jurídica capaz de conformar as diferentes vontades.

Havia, pois, de garantir que todos eram livres e que essas liberdades não chocavam entre si.

Essa garantia, por sua vez, foi assegurada pela ordem jurídica em geral, e pelos institutos da responsabilidade em particular, pois foram estes que permitiram que se passasse a imputar determinado acto e seus efeitos ao agente que os praticasse, bem como a sujeitá-lo às consequências dessa prática⁵.

Assim, cada sujeito sabia o que podia e não podia fazer e, caso desrespeitasse as regras, sofria consequências.

É nesse sentido que aferimos a responsabilidade, resumindo-a na ideia geral de responder ou prestar contas pelos próprios actos⁶. Para sermos livres temos de ser responsáveis e isso significa que temos de responder pelas nossas acções.

Ainda acerca do conceito de responsabilidade, este está etimologicamente relacionado com os vocábulos “res”- coisa- e “spondere”- fiador, aquele que se compromete, se obriga ou promete- e, mais recentemente, com “respondere”- aquele que dá resposta- o que define o responsável como aquele que se obriga com alguma coisa e responde por ela.

⁵ FERNANDO PESSOA JORGE, “Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil”, Coimbra, Almedina, 1999, p.34..

⁶ FERNANDO PESSOA JORGE, “Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, p.34.

1.2 - Responsabilidade civil e seus pressupostos

A responsabilidade civil tal como nos é apresentada nos artigos 483º e ss do CC, resulta de um culminar histórico pois, desde sempre e de uma forma ou de outra, o direito combateu o dano causado pelo ilícito- e hoje, até, pelo lícito, nos casos excepcionais de responsabilidade objectiva- na procura de ver satisfeitas algumas vontades do ser humano que não se alteraram com os tempos: a de ver reparado o dito dano e, muitas vezes, a de ver castigado o seu autor.

A propósito da evolução do instituto, que assumiu uma verdadeira função punitiva no Direito Romano - ainda que numa altura cujos critérios de distinção entre os direitos civil e penal, longe dos hodiernos, se confundiam - veja-se a título de exemplo algumas formas de responsabilização do agente pelos seus actos provocadores de danos no âmbito do direito civil:

-as acções penais mistas oriundas dos atentados contra os interesses do indivíduo (delicta privata) da Tradição Romanística – onde o agente podia ser condenado a pagar pena até ao quádruplo do valor do dano, sendo que no valor deste a pena cumpria uma função reparadora e o excedente visava punir o infractor;

-a punição levada a cabo pelo próprio lesado (vindicta privada) ou pelo pater famílias, que sujeitavam o devedor a verdadeiras penas corporais;

-a substituição da responsabilidade pessoal – implicava a sujeição do devedor (em si) ao poder do credor, no âmbito da justiça privada - pela responsabilidade patrimonial - direito do credor executar o património do devedor;

-a Lei de Talião, que limitou a vingança privada impondo que fosse infligido ao lesante um dano igual ao que o lesado sofrera- e já não um superior;⁷

⁷ – sendo certo que esta, bem como a anterior, salvo o devido respeito, se afastam da pureza do conceito da função de punição a que nos vamos referir.

-e o aparecimento da culpa com a Lei de Aquilia que se tornou pressuposto e medida das indemnizações⁸.

Quer pelo afastamento e adaptação de pressupostos antigos, quer pelo acolhimento de outros mais recentes, temos hoje um instituto complexo, o qual me incumbe apresentar em traços gerais e resumidos, agora seguindo de perto as lições de ANTUNES VARELA:

A responsabilidade civil divide-se em responsabilidade contratual e extracontratual. A primeira, quando “proveniente da falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contractos, negócios unilaterais ou da lei”, a segunda, quando “resultante da violação de direitos absolutos ou da prática de certos actos que, embora lícitos, causem prejuízos a outrem”⁹.

A responsabilidade extracontratual, por sua vez, compreende três núcleos de casos: aqueles que assentam na ideia da culpa- a responsabilidade por factos ilícitos- os que se abstraem daquele pressuposto fundando-se antes na necessidade ou conveniência social de reparação dos danos- a responsabilidade pelo risco- e, por fim, a responsabilidade por certos factos lícitos.

A Responsabilidade pelo risco, ou objectiva, caracteriza-se por não depender da culpa do agente para efeitos da obrigação de indemnizar. Esta resulta, antes, dos riscos próprios do exercício de certas actividades, pois entende-se justo que quem lucra com as actividades perigosas ou retira delas vantagens especiais deve suportar os danos provenientes desse risco- ubi commodum, ibi incommodum. Significa isto que o comitente responderá pelos danos que o comissário causar (art. 500º e ss CC), o produtor pelos danos advindos dos seus produtos, o Estado e demais pessoas colectivas públicas pelos danos provocados pelos seus órgãos, agentes ou representantes (art. 501º CC), o dono de animais pelos danos provenientes da sua utilização (art. 502º CC), o condutor pelos danos do seu veículo (art. 503º CC), etc., todos independentemente de culpa, apenas porque esses danos provêm dos riscos próprios dessas actividades.

No entanto, o tipo de responsabilidade que pretendo destacar e que verdadeiramente importa para este estudo é a responsabilidade por factos ilícitos, pela razão de esta se

⁸ PAULA MEIRA LOURENÇO, “A Função Punitiva da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, Parte I, Capítulo I

⁹ ANTUNES VARELA, “Das obrigações em Geral”, *ob. cit.*, pp.519 e 520.

fundar na culpa e ser esse, na minha opinião, um pressuposto sem o qual não se pode pensar em punir.

Posto isto, diz-nos o artigo 483º/1 do CC quais são os elementos constitutivos da responsabilidade por factos ilícitos, a saber: o facto; a ilicitude; a imputação do facto ao lesante; o dano; o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

«É necessário, desde logo, que haja um facto voluntário do agente (...), que o facto do agente seja ilícito (...), que haja um nexo de imputação do facto ao lesante (...) e que, à violação do direito subjectivo ou da lei, sobrevenha um dano (...). Por último, que haja um nexo de causalidade entre o facto praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima»¹⁰.

Por facto voluntário entende-se «um facto dominável ou controlável pela vontade (...) pois só quanto a factos desta índole têm cabimento a ideia da ilicitude, o requisito da culpa e a obrigação de reparar o dano»¹¹.

A ilicitude pode traduzir-se na violação de um direito subjectivo de outrem ou, ainda, consistir na violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios¹².

O dano significa que o facto ilícito culposo tem de ter causado um prejuízo a alguém, e pode ser patrimonial ou não patrimonial, conforme seja ou não susceptível de avaliação pecuniária. O dano patrimonial mede-se, em princípio, pela diferença que se estabelece entre a situação real actual do lesado e a situação hipotética em que ele se encontraria se não fosse a lesão (artigo 566º/2 do CC). Quanto aos danos não patrimoniais, por serem incalculáveis segundo estes termos, manda o legislador atentar ao comportamento do lesante e apela à equidade do tribunal, na tentativa de encontrar a justa medida (artigos 496º/4 e 494º do CC).

No que respeita ao nexo de causalidade que deve existir entre o facto e o dano, refere a lei que «a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão» - artigo 563.º do CC - não

¹⁰ ANTUNES VARELA, “Das obrigações em Geral”, *ob. cit.*, pp. 525-526; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, “Código Civil Anotado”, 4.ª edição, revista e actualizada, com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, volume I, p. 471.

¹¹ ANTUNES VARELA, “Das obrigações em Geral”, *ob. cit.*, p. 527.

¹² ANTUNES VARELA, “Das obrigações em Geral”, *ob. cit.*, p. 537.

solucionando, por outro lado, o problema da causa virtual: se esta é capaz de excluir e em que termos, a responsabilidade do autor da causa real do dano, problema que analisaremos mais à frente.

Quanto ao nexa de imputação do facto ao lesante consiste o mesmo em o agente ter actuado com culpa.

«Não basta reconhecer que ele procedeu objectivamente mal. É preciso, nos termos do artigo 483.º, que a violação ilícita tenha sido praticada com dolo ou mera culpa.»¹³

«Agir com culpa significa actuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito. E a conduta do lesante é reprovável, quando, pela sua capacidade e em face das circunstâncias concretas da situação, se concluir que ele podia e devia ter agido de outro modo.» Trata-se de saber, primeiro, se o lesante pode ser alvo de um juízo genérico de censura ou reprovação e, assim, se é imputável, depois, se «podia e devia ter agido de modo diferente e em que grau o podia ter feito»¹⁴.

Finalmente, a indemnização deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão, fixando-se a indemnização em dinheiro, sempre que não seja possível a reconstituição natural, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor (artigos 562º e 566.º CC).

¹³ ANTUNES VARELA, “Das obrigações em Geral”, *ob. cit.*, p. 562.

¹⁴ ANTUNES VARELA, “Das obrigações em Geral”, *ob. cit.*, p. 562 e 563.

2- Funções da Responsabilidade Civil

2.1- A função reparatória

Como acabámos de ver, a responsabilidade civil divide-se em mais do que um tipo, cada um deles com aspectos técnicos próprios tratados autonomamente. Contudo, seja ela contratual ou extracontratual e, dentro desta, subjectiva ou objectiva, o preenchimento dos pressupostos quer de umas, quer de outras, faz recair sobre o lesante a obrigação de indemnizar, com regime próprio nos artigos 562º e seguintes do CC.

Donde, aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou de qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios, ficará obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes dessa violação (art.483ºCC); assim como o devedor que faltar culposamente ao cumprimento da obrigação, se tornará responsável pelo prejuízo que desse incumprimento resultar para o credor (art.798ºCC) – cfr. os vários exemplos já apontados de responsabilidade objectiva, supra, pag.6.

A consequência da responsabilidade civil é, portanto, a obrigação de indemnizar.

Ora se, ao causador de danos, incumbe a obrigação de indemnizar, nos termos e para os efeitos da responsabilidade civil, e esta consiste na reconstituição da situação que existiria se não se tivesse verificado o evento lesivo (art.562ºCC), não parece restar qualquer dúvida de que estamos num âmbito reparatório. A lei quer que o lesado acorde e sinta que nada lhe aconteceu, pois está na mesma situação em que estaria se não tivesse havido qualquer lesão, não tem mais, nem menos. Por isso, prefere a reconstituição natural e só em casos excepcionais a reconstituição em dinheiro, dando para estes um critério objectivo para o seu cálculo- a teoria da diferença- que assegura esse objectivo (arts.566º/1,2).

Não discuto, pois, a função principal da responsabilidade civil, como a reparadora, já que esta resulta directamente da lei e abundam argumentos a favor, como o próprio significado do vocábulo “indemnizar” que provém do latim “retirar o dano”, a crescente

objectivação da responsabilidade civil e a socialização do dano, tal como foram analisadas supra na introdução, e a função do dano, transversal a todos os tipos de responsabilidade, como pressuposto e limite da indemnização.

2.2- A função de compensação e de satisfação

Problema para aqueles que só aceitam a função reparatória da responsabilidade civil, é, naturalmente, a discussão acerca da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais pois se, por um lado, estes são cada vez mais importantes no contexto jurídico-económico actual e, por isso, têm de ser indemnizáveis, por outro, são, também, “irreparáveis”, atendendo à sua insusceptibilidade de avaliação pecuniária e natureza própria- não se pode colocar o lesado na mesma situação quando o dano de que foi alvo não foi patrimonial mas antes moral. Dizia-se até imoral a quantificação do sofrimento, da dor.

Esta discussão levou alguns autores mais radicais a considerarem como não indemnizável este tipo de danos, enquanto outros abriram espaço à pesquisa de novas funções.

Se estes não são efectivamente passíveis de reparação, pela sua própria natureza, será sempre preferível atribuir ao lesado uma quantia em dinheiro para o compensar ou, pelo menos, atenuar ou minorar a lesão sofrida, do que deixá-lo sem nada, obrigando-o a suportar o dano. «Entre a solução de nenhuma indemnização a atribuir ao lesado, a pretexto de que o dinheiro não consegue apagar o dano, e a de se lhe conceder uma compensação (...) ou satisfação adequada, ainda que com certa margem de discricionariedade na sua fixação, é incontestavelmente mais justo e criteriosa a segunda orientação (...) [pois] há apenas o intuito de atenuar um mal consumado, sabendo-se que a composição pecuniária pode servir para satisfação das mais variadas necessidades”.¹⁵ Ora foi este entendimento, partilhado pela maioria da doutrina, que revelou a função compensatória e/ou satisfatória da responsabilidade civil.

¹⁵ANTUNES VARELA, “Das obrigações em Geral”, *ob. cit.*, pp. 603-604; No mesmo sentido, ver VAZ SERRA, “Reparação do dano não patrimonial”, *BMJ*,83 (1959), p.79; PINTO MONTEIRO, “Sobre a reparação dos danos morais”, pp. 20-21; GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 380-381.

No mesmo sentido, LARENZ entendeu que a indemnização equitativa em dinheiro que favorecia o lesado neste tipo de danos não visava reparar, mas antes satisfazer as dores que este tinha suportado¹⁶. A função de satisfação, para KERN, significa a possibilidade de a indemnização ter em consideração as circunstâncias que rodearam a actuação do lesante, determinantes do quantum indemnizatório por danos não patrimoniais.¹⁷

A partir do momento em que o legislador mandou atentar ao grau de culpa do agente para definir a indemnização equitativa a atribuir a título de danos não patrimoniais, foram consagradas estas funções da responsabilidade civil, ao mesmo tempo que se quebrou o dogma de uma sua função exclusivamente reparatória (artigo 494º aplicável por força do nº3 do artigo 496º do CC).

A partir da década de 80, foi a própria jurisprudência portuguesa que começou a explicar que «a reparação de tais danos não constitui uma verdadeira indemnização, mediante a qual se visa reconstituir a situação preexistente. Trata-se, antes, de compensar, de algum modo, os danos sofridos pelo lesado- não propriamente, de o indemnizar por eles»¹⁸.

2.3- As Funções Preventiva e Punitiva

Não me parece demais reafirmar a função essencialmente reparadora da responsabilidade civil, pelos motivos já mencionados.

Afigura-se-me ser hoje cada vez menos discutível a existência de outras funções, não só pela existência de danos “irreparáveis”, afinal merecedores de “reparação”, como acabámos de ver, mas também pela sua consideração na interpretação da lei, na doutrina e na jurisprudência. Para isso contribuirá a existência de diferentes tipos de responsabilidade civil, que se não fundam nos mesmos pressupostos nem assentam nos mesmos ideais de justiça: enquanto a responsabilidade objectiva se funda no dano e é legitimada pela justiça social, distributiva, a responsabilidade subjectiva funda-se na culpa do agente, onde o

¹⁶ KARL LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, 2ª ed., 1957, § 69, III.

¹⁷ BERND-RUDIGER KERN, “Die Genugtuungsfunktion der Schmerzengeldes – ein ponales Element im Shadensersatzrecht”, AcP 191 (1991), p.253.

¹⁸ STJ, 01-06-82 Joaquim Figueiredo; - cfr., por todos, PAULA MEIRA LOURENÇO, “A Função Punitiva da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, p.288.

indivíduo vai ser julgado não por ter causado um dano mas por o ter causado quando podia prevê-lo e evita-lo, sendo responsabilizado sobretudo por motivos de prevenção¹⁹.

Ora se as funções compensatória e de satisfação não merecem já qualquer contestação, as funções preventiva e punitiva são alvo de uma (bem) maior controvérsia, ou não estaríamos a tentar coordenar as responsabilidades civil e criminal, há muito autónomas, e a entrar nos domínios do direito penal/público, possivelmente afrontando contra uma série de princípios.

Importa dizer, com JÚLIO GOMES, «dizemos preventivo-punitiva porque, no fundo, prevenção e punição são duas faces de uma mesma medalha, expressões de um único princípio»²⁰.

Afirmar estas funções significa admitir que aquele que está obrigado a indemnizar e, portanto, a reparar ou a compensar o dano que provocou a alguém, estará ao mesmo tempo, não raras vezes, a ser punido por ter causado essa lesão, ao mesmo tempo que se tenta prevenir que ele próprio e terceiros não venham a produzir danos semelhantes.

Significa isto, na prática, a possibilidade de atribuição de uma indemnização sancionatória autónoma, a acrescer à indemnização-reparatória, à imagem do que acontece com a aplicação de danos punitivos no sistema anglo-saxónico; ou a inclusão, na própria indemnização a arbitrar, de um montante punitivo, cujo quantum é calculado tendo em conta o comportamento do lesante, que deverá pagar mais sempre que se justifique dar-lhe um castigo (sanção-punição).

¹⁹ MANUEL GOMES DA SILVA, “O dever de prestar e o dever de indemnizar”, Vol. I, Lisboa, 1944, p. 111; ANTUNES VARELA, “Das Obrigações em Geral”, *ob. cit.*, p.630 e 631.

²⁰ JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?”, *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, ano 15, 1989, pp.. 106.

3 -Manifestações da função punitiva da responsabilidade civil (aqui mais do que em qualquer outra secção, segui a exposição de PAULA MEIRA LOURENÇO²¹)

3.1- No Código Civil

a) O código evidencia a responsabilidade civil por culpa- aquela que censura e reprova a actuação do lesante- **e excepciona a responsabilidade pelo risco** (art.483º/1 e 2).

Naquela, podemos ver:

-alguns casos de **exclusão da responsabilidade por “culpa leve” do lesante**, sejam eles o da mora do credor, no qual o devedor só será responsável pela perda ou deterioração da coisa se houver dolo da sua parte (art.814º/1), o do doador ou comodante que só responderá pelos vícios da coisa doada ou comodada quando tiver actuado com dolo (arts.956º/2 b’, 967º e 1134º), o do achador da coisa perdida que, cumprindo os deveres legais, só responderá pela sua perda ou deterioração em caso de dolo ou culpa grave (art.1323º) e o do cônjuge administrador que só será responsável pelos actos praticados intencionalmente em prejuízo do casal ou do outro cônjuge (art.1681º)²²;

-e a **relevância do grau de culpa na fixação do quantum indemnizatório**, que se verifica na redução da indemnização em caso de negligência do lesante (art.494º), na repartição da indemnização em função das culpas dos agentes (art.497º/2) e na redução ou exclusão da indemnização em caso de culpa do lesado (art.570).

Destes dois núcleos de casos importa destacar, desde logo, que numa função puramente reparadora a variação da culpabilidade não deveria ter qualquer relevância, uma

²¹ PAULA MEIRA LOURENÇO, “A Função Punitiva da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, pp.247-336.

²² FERNANDO PESSOA JORGE, “Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, p.366; ANTUNES VARELA, “Das Obrigações em geral”, *ob. cit.*, p. 569, nota (1); PINTO MONTEIRO, “Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil”, BFD (Suplemento XXVIII), Universidade de Coimbra, Coimbra, 1985,p.94, nota (231); PAULA MEIRA LOURENÇO, “A Função Punitiva da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, p. 249.

vez que aí a indemnização se afere sempre e só pelos prejuízos ²³. Ora foi precisamente por isso que durante muito tempo a distinção entre as duas formas de culpa não teve qualquer relevo especial para o direito civil e, designadamente, para a responsabilidade civil, já que o agente culpado ainda que tivesse actuado com culpa leve tinha sempre de ressarcir a vítima de todos os danos sofridos.

Não obstante, ao abrigo do artigo 494º, quando o lesante tenha actuado com negligência, pode o Tribunal fixar equitativamente uma indemnização em montante inferior ao que corresponde aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica desde e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem. Ou seja, a lei vem premiar quem actua com menos culpa, dando-lhe acesso a critérios de redução da indemnização e vem, em sentido inverso, sancionar/punir aqueles que actuam com culpa grave, condenando-os de imediato à reparação total dos danos, avultando aqui o grau de culpa do agente e a equidade do julgador, pois este só poderá lançar mão deste normativo quando se trate de culpa leve, o que fará de acordo com o que lhe parecer justo no caso em concreto.

Segundo o artigo 497º, se houver mais do que uma pessoa responsável pelos danos provocados, a responsabilidade de todas é solidária e, portanto, poderá recair sobre qualquer uma delas a obrigação de responder pela totalidade dos danos. Mas, no âmbito das relações internas, existe o direito de regresso na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advierem, o que significa que aquele que pagou tudo só poderá reagir contra os outros também culpados e na medida das suas culpas. O seu crédito vai ser, pois, maior ou menor consoante a sua culpa e se porventura ele for o único culpado, não poderá exigir nada dos outros. Aqui, apesar de a lei querer salvaguardar a posição do lesado, garante ao mesmo tempo a justiça do lesante.

Nos casos em que o lesado tenha contribuído com o seu comportamento para a produção ou o agravamento dos danos, pode o tribunal, ao abrigo do artigo 570º, reduzir ou mesmo excluir a indemnização, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultarem. É preciso que haja, por isso, um facto culposo do lesado e que esse facto tenha concorrido para a produção ou agravamento do dano. Então, se é a acção ou omissão do lesado que produz ou agrava os danos, porque ele podia e devia

²³ FERNANDO PESSOA JORGE, “Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, p.362.

ter agido de outro modo, é justo que o julgador alivie ou exclua a responsabilidade do lesante, punindo quem actuou com culpa. Ora é esse juízo de censura acerca da conduta do lesado que vai legitimar a aplicação do regime estabelecido no artigo 570º.

O facto de se atentar ao comportamento do lesante para efeitos de fixação da indemnização o que, no caso, se está a fazer através da relevância do seu grau de culpa (e mesmo a do lesado), em qualquer dos três referidos artigos, revela a intenção/função punitiva e preventiva da responsabilidade civil no nosso código, para grande parte da doutrina portuguesa.

Nesse sentido, LUÍS MENEZES LEITÃO, ao considerar, «no caso da responsabilidade por culpa, além da função principal de reparação do dano, existe também uma clara função preventiva e punitiva, a qual se demonstra pela diminuição da indemnização em caso de negligência (artigo 494º); pela repartição da indemnização em função da culpa dos agentes, em caso de pluralidade de responsáveis (nº2 do artigo 497º); pela redução ou exclusão da indemnização em caso de culpa do lesado (artigo 570º), e pela normal irrelevância da causa virtual na responsabilidade civil»²⁴ (que abordarei infra). Ainda a propósito do sentido do requisito da ilicitude na responsabilidade por factos ilícitos, «embora a responsabilidade civil exerça uma função essencialmente reparadora ou indemnizatória, não deixa de desempenhar, acessória ou subordinadamente, uma função de carácter preventivo, sancionatório ou repressivo, como demonstra nos vários aspectos do seu regime» afinal, «só o carácter sancionatório, punitivo ou repressivo da responsabilidade civil permite explicar que a indemnização possa variar consoante o grau de culpa do agente (art. 494º), que a repartição da indemnização entre as várias pessoas responsáveis se faça na medida das respectivas culpas (art. 497º/2) e que a graduação da reparação, quando haja culpa do lesado, se faça com base na gravidade das culpas de ambas as partes», pois que, «a ilicitude traduz, assim, a reprovação da conduta do agente, embora no plano geral e abstracto em que a lei se coloca, numa primeira aproximação da realidade»²⁵.

²⁴ LUÍS MENEZES LEITÃO, “Direito das Obrigações”, Vol. I – Introdução – Da Constituição Geral das Obrigações, Coimbra, Almedina, 2000, p.251.

²⁵ ANTUNES VARELA, “Das Obrigações em Geral”, *ob. cit.*, p. 542 e 543.

b) O recurso à equidade para fixação do montante da indemnização, nos casos:

-de determinação do quantum indemnizatório, para os efeitos de redução previstos no artigo 494º e de estado de necessidade, quando o autor da destruição ou do dano está obrigado a indemnizar mas o perigo não foi provocado pela sua culpa exclusiva (art.339º/2) e naqueles em que se justifica que o inimputável seja condenado a reparar total ou parcialmente os danos que provocou e essa reparação não é possível de ser obtida pelos obrigados à vigilância (art. 489º).

Aqui, o juiz fixará uma indemnização equitativa quando não houver culpa grave e exclusiva, respectivamente, o que nos permite aferir, *a contrario*, que nos casos de culpa grave e exclusiva a lei condenará o agente ao pagamento da totalidade dos danos, punindo-o.

-de impossibilidade de determinação dos danos não patrimoniais (art.496º/4 e 566º/3).

O recurso à equidade para determinação do quantum indemnizatório no caso dos danos não patrimoniais é evidente, pela impossibilidade do seu cálculo através das regras do artigo 566º, como vimos supra. E a função punitiva está presente neste juízo de equidade, porquanto o juiz terá de ponderar a culpa do lesante (arts. 496º/4 e 444º).

c) A geral irrelevância da causa virtual

Problema relacionado com onexo de causalidade entre o facto e o dano, «a causa virtual é o facto hipotético que tenderia a produzir certo dano, se este não fosse causado por outro facto (causa real)»²⁶.

Ora se a lei adoptasse a solução da irrelevância da causa virtual, o autor do dano (real) seria sempre punido, ainda que provasse que o dano que provocou se iria dar em virtude de uma outra causa (hipotética) - afinal esta é irrelevante; pelo contrário, ao considerar relevante a causa virtual, a lei iria excluir a responsabilidade do autor do dano

²⁶ ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, *ob. cit.*, p. 618.

(real) quando ele provasse que aquele iria sempre produzir-se em virtude de uma outra causa (solução negativa) ou permitia que fossem responsabilizados os dois autores, da causa virtual e da causa real (solução positiva).

O código não esclarece directamente esta questão mas vem dar, numa série de artigos, a solução da relevância negativa da causa virtual. «Assim, se o interdito por anomalia psíquica cometer uma agressão, porque as pessoas encarregadas da sua vigilância o deixaram indevidamente em liberdade, mas se provar que ele urdira um plano de evasão (com que o vigilante não podia razoavelmente contar), que conduziria à prática do mesmo facto, ainda que os deveres normais de custódia tivessem sido cumpridos à risca, não haverá lugar a responsabilidade do vigilante» porque ele provou que os danos se teriam produzido ainda que tivesse cumprido o seu dever de vigilância (art. 491º); «Da mesma forma, se o prédio ruiu por vício de construção (...) logo que um pequeno sismo o atingiu, mas se provar que ele se teria desmoronado do mesmo modo, ainda que construído e conservado segundo as regras técnicas (...) por virtude de um abalo mais forte que, minutos após, se veio a registar, será o proprietário ou possuídos do edifício isento de responsabilidade», porque provou que mesmo com a diligência devida, não se teriam evitado os danos (492º/2); e, no mesmo sentido, os danos provocados por falhas no dever de vigilância de coisas ou animais (493º).

A grande discussão faz-se em torno de saber se estas disposições representarão aflorações particulares de um princípio geral ou se, em sentido inverso, serão desvios à regra tradicional da irrelevância da causa virtual.²⁷

Ao optar pela solução da irrelevância da causa virtual, a lei conferiria à responsabilidade civil uma função punitiva pois, no caso de a obrigação de indemnização persistir, era «não decerto para reparar um dano, como diferença no património, mas para sancionar e prevenir a conduta do agente, que com dolo ou mera culpa violou os direitos ou bens alheios juridicamente protegidos».²⁸ PEREIRA COELHO aponta às disposições consagradas no código e considera que estas não são excepcionais enquanto sedimentem a teoria da diferença no cálculo da indemnização e que, pelo contrário, serão excepcionais na medida em que mandam atender, na determinação do dano, a circunstâncias posteriores à

²⁷ ANTUNES VARELA, “Das Obrigações em Geral”, *Ob. Cit.*, p.619 e 620.

²⁸ PEREIRA COELHO, “O problema da causa virtual na responsabilidade civil”, *Colecção Teses*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 1998, p.10.

real verificação do dano. Para este autor, a relevância negativa da causa virtual consubstancia um corolário do dogma de que a responsabilidade civil tem uma função exclusivamente reparatória, fruto da forma como é calculado o dano, segundo a teoria da diferença do património.

Uma vez superados estes dogmas, como vimos a tentar fazer ao longo de todo o trabalho, com uma tónica especial para a relevância que o código dá ao grau de culpa do lesante precisamente para efeitos de cálculo do dano, afigura-se-me consagrada a geral irrelevância da causa virtual e, assim, mais uma manifestação punitiva no código civil.

No mesmo sentido, resume ANTUNES VARELA as razões que apontam para a geral irrelevância da causa virtual: «a) A causa virtual não exclui a causalidade real do primeiro facto; b) A relevância da causa virtual implicaria uma duplicação do risco para o lesado; c) A responsabilidade não deve depender do que realmente não acontece; d) O crédito da indemnização surge na data da verificação do dano e não pode, visto ser um crédito pecuniário, extinguir-se pelo facto do hipotético perecimento da coisa danificada; e) Se a causa hipotética fosse relevante, o crédito da indemnização ficaria, por tempo indeterminado, dependente da futura evolução das coisas».²⁹ Diz ainda, expressamente, que os artigos 491º, 492º e 493º são normas excepcionais³⁰.

d) Os danos não patrimoniais

Vimos que o dogma da função exclusivamente reparatória, sustentado em grande parte pelos critérios aritméticos do cálculo da indemnização, pela teoria da diferença, não foi responsável pela negação da possibilidade de “indemnizar” os danos não patrimoniais. Efectivamente, o legislador criou um artigo autónomo para este tipo de danos, no qual veio obrigar o julgador a considerá-los na fixação da indemnização e a fazê-lo segundo novos critérios equitativos e que rodeiam a actuação do lesante.

²⁹ ANTUNES VARELA, “Das obrigações em Geral”, *ob. cit.*, p.620.

³⁰ No mesmo sentido: GALVÃO TELLES, ANTUNES VARELA, ALMEIDA COSTA, MENEZES CORDEIRO, LUÍS MENEZES LEITÃO, PAULA MEIRA LOURENÇO.

Reconheceu-se, por isso, o dever de compensar e satisfazer o lesado, tanto ao nível da doutrina como da jurisprudência, apesar de tais “danos”, não deixando de o ser, serem de índole exclusivamente moral, não fisicamente mensuráveis.

Ora se o quantum atribuído a título de danos não patrimoniais consubstancia uma compensação e satisfação do lesado, capaz «de lhe proporcionar uma satisfação em virtude da aptidão do dinheiro para propiciar a realização de uma ampla gama de interesses, na qual se podem incluir mesmo interesses de ordem refinadamente ideal»³¹, parece ser, ao mesmo tempo, a “sanção adequada” a atribuir ao lesante, pois não lhe é «estranha a ideia de reprová-lo ou castigá-lo, no plano civilístico e com os meios próprios do direito privado, a conduta do agente».³²

Nesse sentido, ao lado das funções compensatória e de satisfação, descortina-se a existência de uma função punitiva que as completa, pois o montante que satisfaz o lesado também pune a conduta do lesante.³³ Ao ter em conta o grau de culpabilidade do agente e a situação económica do lesante e do lesado, a indemnização que compensa «assume-se como uma pena privada, estabelecida no interesse da vítima, por forma a desagravá-la do comportamento do lesante»³⁴; no mesmo sentido GALVÃO TELES, para quem a indemnização por danos morais é «uma pena privada, estabelecida no interesse da vítima - na medida em que se apresenta como um castigo em cuja fixação se atende ainda ao grau de culpabilidade e à situação económica do lesante e do lesado»³⁵. São, por tudo isto, os artigos 496º e 494º, reguladores do montante a atribuir a título de danos não patrimoniais, os principais meios de reacção punitiva do direito privado, levando mesmo os vários autores a considerarem-no como “pena privada”, “sanção adequada” e “castigo”, o que não me deixa dúvidas sobre a dupla função compensatória e punitiva da indemnização por danos não patrimoniais.³⁶

Esta conclusão é suportada pela nossa jurisprudência que, na última década, reconheceu de forma expressa a função compensatório-punitiva, transpondo para as suas

³¹ MOTA PINTO, “Teoria Geral do Direito Civil”, 3ª edição, 1985, Coimbra Editora, 1999, p. 115.

³² ANTUNES VARELA, “Das obrigações em Geral”, *ob. cit.*, pp. 603 e 608.

³³ PAULA MEIRA LOURENÇO, “A Função Punitiva da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, p.286; SUZANNE CARVALI, “La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée”, L.G.D.J., Paris, 1995, pp. 30 e ss., BERND-RUDIGER KERN, “Die Genugtuungsfunktion”, *ob. cit.*, p.268.

³⁴ LUÍS MENEZES LEITÃO, “Direito das Obrigações”, *ob. cit.*, p. 299.

³⁵ GALVÃO TELLES, “Direito das Obrigações”, *ob. cit.*, p.387.

³⁶ PAULA MEIRA LOURENÇO, “A Função Punitiva da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, p.287.

decisões as análises da doutrina: como por exemplo o reconhecimento da natureza mista da indemnização por danos não patrimoniais referida por ANTUNES VARELA³⁷, o recurso a expressões como “sancionar a culpa do agente” a propósito de traumas psíquicos³⁸, a ponderação do critério da intensidade da culpa para efeitos de aplicação do artigo 494³⁹ e da equidade⁴⁰, etc⁴¹.

e) A mora do devedor

O devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efectuada no tempo devido (804º/2), a saber, depois da interpelação judicial ou extrajudicial (805º/1), do decurso do prazo da obrigação ou do facto ilícito (805º/2, a' e b'), caso em que o devedor fica obrigado a reparar os danos causados, bem como a efectuar a prestação devida (804º/1). Por estar em mora dá-se ainda a inversão do risco, passando o devedor a responder pelo prejuízo que o credor tiver em consequência da perda ou deterioração da coisa, mesmo que esses factos não lhe sejam imputáveis (807º/1).

Tem de existir, pois, uma prestação eficaz e vencida, o retardamento da prestação, a imputabilidade do atraso ao devedor e a interpelação do devedor (excepto nas obrigações de prazo certo e naquelas que resultem de facto ilícito)⁴². Depois, o credor provará os danos que daquele atraso resultaram.

Ora é preciso que o atraso seja imputável, o que significa que a obrigação de indemnização moratória depende da culpa do devedor (nos casos em que as obrigações não são pecuniárias), sendo esta uma indemnização compensatório-punitiva, já que se pretende compensar o credor pelo atraso na prestação⁴³. Mas nem sempre isso acontece. No caso das obrigações pecuniárias, com a simples mora, o credor ganha o direito a juros moratórios, independentemente da culpa do devedor, pois existe uma presunção iuris et

³⁷ STJ, 30-10-96 SILVA PAIXÃO.

³⁸ STJ, 09-01-90, ELISEU FIGUEIRA.

³⁹ STJ 07-03-91, Baltazar Coelho.

⁴⁰ STJ, 21-11-96, Costa Soares.

⁴¹ PAULA MEIRA LOURENÇO, “A função punitiva da responsabilidade civil”, *Ob. Cit*, pp. 290 e 291

⁴² VAZ SERRA, “Mora do devedor”, *BMJ*, 48 (1955), pp.33-88.

⁴³ VAZ SERRA, “Mora do devedor”, *ob. cit*, p.112; ANTUNES VARELA, “Das Obrigações em Geral”, *ob. cit*, p.870.

iure de existência de danos moratórios, de montante fixo, correspondente ao juro legais, a contar do dia da constituição em mora, salvo se outros forem acordados ou provados pelo credor danos superiores (806º/1 e 2 e 3). Aqui o credor tem apenas de provar a existência do direito à prestação e o termo do prazo para o cumprimento da obrigação, e já não da existência de danos porque estes são presumidos.⁴⁴ Ou seja, irá receber a indemnização independentemente da culpa do devedor, o que parece vir salientar uma espécie de responsabilidade objectiva, que não merece qualquer tipo de punição (porque a base da punição é a culpa, como temos vindo a analisar e a fundar as respostas).

Independentemente disso, a indemnização moratória devida por obrigações pecuniárias pode dá-nos uma outra perspectiva: a existência de danos presumidos, e, naturalmente, da inerente culpa.

Numa responsabilidade essencialmente reparadora que tem o dano como pressuposto, limite e fundamento, não parece encaixar esta norma que admite a indemnização por danos presumidos. Aqui, mesmo que o credor não tenha sofrido qualquer dano pela mora do devedor, vai sempre ser indemnizado, mas agora pela culpa do devedor, que, nos mesmos termos, é presumida, donde, face a eventual inexistência de dano, a indemnização assumirá uma natureza exclusivamente punitiva!

O mesmo acontece com a questão da inversão do risco, prevista no artigo 807º/1, pois, ao se imputar o risco de perda e deterioração da coisa por caso fortuito ao devedor, está-se a assistir à perpetuação da obrigação, que não foi cumprida por sua culpa, sancionando-o.

No mesmo sentido ANTUNES VARELA, ao considerar que «é ainda o carácter sancionatório da responsabilidade que justifica (...) no domínio da responsabilidade contratual, o regime próprio da mora, com a inversão do risco pelo perecimento da coisa devida»⁴⁵.

f) As punições civis

⁴⁴ PAULA MEIRA LOURENÇO, “A Função Punitiva da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, p. 301.

⁴⁵ ANTUNES VARELA, “Das obrigações em Geral”, *ob. cit.*, p.543.

De entre as várias punições do Código Civil, importa escolher aquelas que se relacionam com a responsabilidade civil.

Assim podemos considerar: o pagamento do triplo do valor dos animais que o dono da guarida chamou de forma fraudulenta e artificiosa, quando não possa restituí-los (art.1320º/2); e a possibilidade de constituição de servidão de passagem mediante o pagamento de uma indemnização agravada, quando o proprietário provocar um encrave absoluto ou relativo do prédio, sem justo motivo para o fazer, podendo ir essa indemnização ir até ao dobro da indemnização normal, graduando-a de harmonia com a sua culpa.

Mais uma vez, temos o grau de culpa a influir directamente no montante indemnizatório, pelo que se vai afirmando a função punitiva da responsabilidade civil.

3.2 - Outras Consagrações Legislativas

a) Os direitos de autor

Segundo o artigo 203º do Código dos Direitos de Autor, a responsabilidade civil é independente do procedimento criminal a que a violação dos direitos de autor dá lugar, o que significa que as águas estão separadas, assumindo cada responsabilidade, civil e criminal, as suas funções clássicas.

Porém, no cálculo do quantum indemnizatório, o tribunal deve atender, não só aos lucros cessantes e aos danos emergente, mas também (e agora a novidade) **ao lucro obtido pelo infractor** (211º/2) e à importância das receitas resultantes do espectáculo ou espectáculos ilicitamente realizados (211º/3).

A doutora PAULA MEIRA LOURENÇO entende que “a partir do momento em que o legislador prevê a ponderação das receitas obtidas pelo agente, como critério de determinação do montante da indemnização (...) consagra uma manifestação da função punitiva da responsabilidade civil” pois o montante da indemnização “será tanto mais

elevado, quanto maiores forem as receitas penalizando-se o infractor em benefício do lesado, que terá de receber parte dessas receitas”⁴⁶

A mesma autora chama a atenção, no entanto, para o entendimento de Oliveira Ascensão, que vê neste critério um auxiliar para o apuramento dos lucros cessantes⁴⁷.

Por concordar com o entendimento de OLIVEIRA ASCENSÃO, vejo mais rapidamente uma função punitiva da responsabilidade civil quando, por não ser possível fixar a indemnização pelos critérios apontados, tenha o tribunal de fixar a indemnização segundo a justeza do caso em concreto, a equidade, que vai ter sempre por base, no mínimo, as remunerações que teriam sido auferidas caso o infractor tivesse solicitado a autorização para utilizar os direitos em questão e os encargos suportados pela parte lesada com a protecção do direito de autor ou dos direitos conexos, bem como com a investigação e cessação da conduta lesiva (211º/5). Vai-se, pois, graduar a indemnização segundo a equidade que terá naturalmente em conta a conduta do infractor.

b) Os danos ambientais e os danos ecológicos

Tal como nos danos não patrimoniais, pela sua natureza imaterial, os danos ambientais e os danos ecológicos são de uma avaliação quase impossível, em virtude da sua grande extensão e natureza própria- são insusceptíveis de avaliação pecuniária segundo a teoria da diferença.

No entanto, os problemas que envolvem danos causados ao meio ambiente têm sido alvo da maior atenção por parte dos sistemas jurídicos dos vários países, pelas razões evidentes de saúde humana e sustentabilidade mundial.

No ordenamento jurídico português o direito ao ambiente é garantido pela constituição (art.66º CRP) e por lei própria (Lei de Bases do Ambiente), abrangendo tanto

⁴⁶ PAULA MEIRA LOURENÇO, “A Função Punitiva da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, p.320.

⁴⁷ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, 1992, p.626; PAULA MEIRA LOURENÇO, “A Função Punitiva da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, p.320.

o dano ambiental- dano causado pelo ambiente às pessoas e bens- como o dano ecológico- dono causado ao ambiente enquanto bem jurídico.⁴⁸

Quanto à Lei de Bases do Ambiente, esta estabelece na alínea a) do artigo 3º o princípio do “poluidor pagador”, obrigando-o a corrigir ou recuperar o ambiente e a suportar os encargos daí resultantes, ao mesmo tempo que o proíbe de continuar a acção poluente. É esta correcção e inibição que levam a doutrina a considerar que o Direito do Ambiente se rege pelo princípio da prevenção.⁴⁹

A indemnização que resulta deste tipo de danos, ainda que objectiva, pelo artigo 41º da LBA, “para além dos fins clássicos, assume, ainda, um papel de pena, com um desempenho importante no já referido domínio da prevenção”, porquanto “as medidas jurídicas a encarar não visam apenas a reparação dos danos; elas procurarão, antes evitar que eles ocorram, uma vez que a sua integral reparação é, muitas vezes, impossível”⁵⁰. Vimos, pois, que a responsabilidade civil ao imputar os danos, tornou a protecção ao ambiente mais eficaz, uma vez que os potenciais poluidores passaram a saber que em virtude da sua actuação podiam ser responsabilizados pelos danos que causaram, privando-se dessas condutas.

Resulta, claramente, quanto a este tipo de danos, a função essencialmente preventiva da responsabilidade civil, ainda que pudéssemos ver, também, e a título de exemplo, na fixação equitativa da indemnização por não se poderem quantificar os danos causados com dolo ou mera culpa ao meio aquático (art.73º/3 do DL nº 236/98 de 1 de Agosto), uma verdadeira função punitiva, de idêntico jaez ao que temos vindo a analisar.

De realçar, ainda, que para o cálculo do quantum da indemnização equitativa deve ser considerado o proveito económico eventualmente angariado pelo lesante pela prática da infracção- critério punitivo-, de forma a tentar evitar que os agentes económicos, por exemplo as fábricas, optem por poluir as águas porque para elas, pagar as indemnizações, se torna mais vantajoso financeiramente (ainda o artigo 73/3 do DL)⁵¹.

⁴⁸ PAULA MEIRA LOURENÇO, “A Função Punitiva da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, p. 321.

⁴⁹ PAULA MEIRA LOURENÇO, “A Função Punitiva da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, p. 322.

⁵⁰ MENEZES CORDEIRO, “Direito do Ambiente, princípio de prevenção: direito à vida e à saúde- anotação ao acórdão do STJ de 2/07/1996”, ROA, Ano 56, Agosto de 1996, Lisboa, p.684.

⁵¹ PAULA MEIRA LOURENÇO, “A Função Punitiva da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, 325.

Neste último caso, para além de relevar o grau de culpa do agente, para a fixação do quantum indemnizatório, acresce-lhe o proveito económico eventualmente angariado pelo agente, ficando o lesante obrigado a pagar uma indemnização maior porque acrescida desse proveito e, assim, sancionado/punido.

c) O direito do Trabalho

Ao abrigo do artigo 2º da Lei nº 98/2009 de 4 de Setembro, reguladora do regime de reparação de acidentes de trabalho, o trabalhador e os seus familiares têm direito à reparação dos danos emergentes dos acidentes de trabalho, configurando-se esta uma responsabilidade objectiva, porquanto o empregador terá de responder independentemente de culpa (art.7º da Lei).

Por outro lado, lendo o artigo 14º do mesmo diploma legal, vemos que o empregador não terá de reparar os danos decorrentes do acidente que for dolosamente provocado pelo sinistrado ou provier de um seu acto ou omissão, que importe a violação, sem causa justificativa, das condições de segurança estabelecidas pelo empregador ou pela lei, e aquele que provier exclusivamente da sua negligência grosseira (nº1, alíneas a' e b').

Mesmo falando a Lei em reparação- regulamenta o regime de reparação de acidentes de trabalho- e a indemnização ser uma das formas de reparação enunciadas na alínea b' do seu artigo 23º, é o grau de culpa do trabalhador sinistrado, ora com dolo, ora com negligência grosseira, que vai justificar a exclusão da responsabilidade do empregador, condenando, assim, o trabalhador, a reparar os seus próprios danos.

A função punitiva da responsabilidade civil está no facto de esta afastar um seu regime protectivo, quando o lesado seja o próprio lesante e o seu comportamento justifique essa desprotecção/castigo.

No mesmo sentido, o despedimento do trabalhador por justa causa, fundando-se esta num seu comportamento inaceitável e culposo, (art.351 do Código do Trabalho) faz com que este perca o emprego e não seja indemnizado ⁵².

⁵² Para uma análise mais detalhada, ver PAULA MEIRA LOURENÇO, “A Função Punitiva da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, pp. 245-341.

4- Necessidade de uma função preventiva e punitiva na responsabilidade civil mais eficaz. O problema.

Depois de analisadas as várias consagrações legais da função punitiva da responsabilidade civil, com a pertinente ajuda da doutrina, creio não restarem quaisquer dúvidas da sua existência e importância.

No entanto, tenho também por claro que na maioria dos casos o reconhecimento desta função foi como que “arrancado a ferros”, ressaltando os autores citados o seu carácter secundário, subordinado ou acessório, de uma outra função, a reparadora.

Ora esta ressalva tem essencialmente por base o facto de o dano servir como limite da indemnização, o que veio contribuir para, na prática, não se registarem aumentos significativos das indemnizações, embora estas estivessem acrescidas de um “plus” punitivo ou parte delas fosse punição, isto é, embora a indemnização visasse punir o agente e prevenir a repetição da conduta, nunca foi suficientemente elevada por não se conseguir libertar suficientemente do dogma do dano, concreto e individual.

Este estado de coisas, revelador de uma enorme falta de arrojo na exploração das potencialidades das funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil, não só não resolve os vários problemas de ordem sócio-económica já apontados, como parece ser a sua causa, pois, perante determinado tipo de danos, irreparáveis, onde são atribuídas compensações diminutas, os agentes económicos descobriram uma forma de lucrar com os seus negócios, praticando factos ilícitos e culposos.

4.1- A violação dos direitos de personalidade.

Os direitos de personalidade consubstanciam um «núcleo basilar de bens pessoais juridicamente reconhecido»⁵³, decorrem do princípio geral da dignidade da pessoa humana e a sua tutela «é assumida pela lei constitucional, pela lei civil, pela lei penal e pelo Direito Internacional»⁵⁴.

São direitos de personalidade aqueles que se encontram especificados nos artigos 71º a 80º do CC, e todos os outros que caibam no princípio da tutela geral da pessoa humana consagrado no artigo 70º do CC, como são exemplos o direito à vida e à integridade pessoal (artigos 24º e 25º da CRP), os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e a protecção legal contra quaisquer formas de discriminação (artigo 26º da CRP), etc.

Como vimos, há vários tipos de direitos de personalidade mas todos eles definem o ser humano como tal, são direitos, liberdades e garantias pessoais e, por isso, impõem deveres prestacionais ao estado, como é da sua tutela.

O problema que pretendo apontar é que, embora a lesão destes direitos gere a sua reparação e compensação, por danos patrimoniais e danos não patrimoniais, «a jurisprudência portuguesa continua a acusar alguma “miopia” na avaliação dos danos não patrimoniais, atribuindo ao lesado quantias irrisórias»⁵⁵, o que não inibe os agentes económicos de continuar a lesa-los. A tal “compensação punitiva” que vem já sendo admitida, no caso dos danos não patrimoniais, não tem correspondido ao aumento das indemnizações, assistindo-se, por isso, a uma inadmissível contradição entre a imperativa tutela da pessoa humana e a irrisória avaliação que a nossa jurisprudência vai fazendo dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos que reputamos como valiosos⁵⁶.

O fundamento para tão “curtas” indemnizações, no caso dos danos não patrimoniais, encontra-se muitas vezes nos critérios apontados para o seu cálculo, previstos no artigo 494º do CC, como seja a situação económica do lesado pois, aqui, encontramos muitas vezes a lesão dos direitos de personalidade dos famosos que, por serem na maior

⁵³ Menezes Cordeiro, “Tratado de Direito Civil Português”, I – Parte Geral, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2000, Parte I, Título I, p. 204.

⁵⁴ Pais de Vasconcelos, “Teoria Geral do Direito Civil”, Vol. I, Lisboa, Lex, 1999, pp. 38 e ss.

⁵⁵ PAULA MEIRA LOURENÇO, “A função punitiva da responsabilidade civil”, *Ob. Cit.*, p.386.

⁵⁶ PAULA MEIRA LOURENÇO, “A função punitiva da responsabilidade civil”, *Ob. Cit.*, p.387.

parte dos casos muito ricos, vão receber uma indemnização reduzida nesse aspecto. Mas é precisamente esta a lógica que motiva os meios de comunicação a divulgarem factos falsos da vida de determinadas pessoas, a usarem a sua imagem sem a sua autorização e, muitas vezes, contra a sua vontade. “Amanhã”, se o melhor jogador de futebol do mundo não quiser ser a cara da minha revista, vou usar a sua imagem na mesma, e faço-o seguro de que os lucros que vou obter pela associação da pessoa à marca vão ser superiores ao quantum indemnizatório que posteriormente terei de pagar ao lesado, até porque consigo prever de antemão que esse “negócio” fraudulento será lucrativo, pelas baixas indemnizações atribuídas a este título pela nossa jurisprudência; a mesma lógica aplica-se aos agentes económicos que produzem danos ambientais e ecológicos, pois fazem-no de forma reiterada e intencional, colocando em perigo a saúde dos lesados, em troca da vantagem económica que daí vão obter; e aos produtores que lançam produtos perigosos no mercado, porque podem a qualquer momento lesar os direitos dos consumidores mas, como só irão responder individualmente a cada pedido civil com o objecto limitado, fazem-no de forma intencional para obter esses lucros.

São, por isso, os diminutos valores apurados pela jurisprudência e, daí, a possibilidade de lucrar com o ilícito, as razões que tornam impotente a responsabilidade civil, depois de termos já aceite que ela também pune e percebido que o deve fazer de forma mais eficaz.

5- A solução dos danos punitivos do sistema anglo-saxónico.

Ainda que não me pareça a solução mais indicada, pelos motivos que demonstrarei mais à frente, cumpre-me agora apresentar os danos punitivos, pela sua capacidade de superar os problemas que venho a denunciar.

Nesse sentido, correspondendo à tradução literal de “punitive damages”⁵⁷, do sistema anglo-saxónico, os danos punitivos podem ser definidos como o poder que recai sobre um tribunal de, numa acção de indemnização civil, condenar o lesante ao pagamento de uma quantia superior ao dano sofrido pelo lesado, em virtude da sua conduta ilícita⁵⁸.

No entender de PAULA MEIRA LOURENÇO, os danos punitivos consubstanciam uma das manifestações da pena privada, com raízes históricas muito remotas, que é imposta aos lesantes desde há séculos no sistema anglo-saxónico, e começa a dar os primeiros passos nos ordenamentos jurídicos romano-germânicos, sendo estudada pela doutrina a propósito da função punitiva da responsabilidade civil, por corresponderem a situações em que o agente é condenado a pagar uma indemnização superior ao dano que o lesado efectivamente sofreu⁵⁹.

Ora isto revela, pelo menos aparentemente, que os danos punitivos são aplicados como sanções civis, pois, por um lado, visam a retribuição e a prevenção do comportamento lesivo e, por outro, são aplicados como danos no âmbito do processo civil. Significa, pois, que a sua imposição corresponde a uma forma de punição; que são atribuídos no âmbito do processo civil a propósito da responsabilidade civil; que têm uma função punitiva e preventiva; que não se aferem pelo prejuízo do lesado mas antes pela gravidade da conduta e culpabilidade do agente; e que podem exceder o dano efectivamente sofrido pelo lesado.

⁵⁷ JÚLIO GOMES, Revista de Direito e Economia, «Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?», Coimbra, ano 15, (1989), pp. 105-144.

⁵⁸ PATRÍCIA CARLA MONTEIRO GUIMARÃES, «Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil», Direito e Justiça, v15.1 (2001), pp. 159-206.

⁵⁹ PAULA MEIRA LOURENÇO, «Os danos punitivos», Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLIII, n.º2, pp. 1024-1025.

Desta forma, os danos punitivos possibilitam a concretização da função punitiva da responsabilidade civil, tornando-a eficaz e dotada da capacidade necessária para responder aos problemas que vêm a ser apontados:

Primeiro, em termos de uma linguagem jurídica mais rigorosa, onde “indemnizar” significa precisamente “retirar o dano”, utilizar a expressão «indemnização punitiva» pode suscitar uma contradição, pelo que atribuir à indemnização a parte da reparação e a outro conceito a parte da punição parece ser o mais adequado quer etimológica, quer terminologicamente.

Depois, quanto ao conteúdo, ao não se aferirem pelos prejuízos do lesado e poderem, assim, ultrapassá-los, os danos punitivos tornaram-se num meio bastante eficaz na defesa dos direitos de personalidade, na medida em que vão acrescer à reparação, têm em conta a intenção dos agentes e as vantagens económicas/lucros que estes tiram da prática fraudulenta, e inviabilizam, assim, a sua orientação pelos critérios matemáticos de racionalidade económica.

5.1- Exemplos⁶⁰:

a) O caso *Grimshaw v. Ford Motor Co.*

«Em 1981, os EUA ficavam em estado de choque com o caso *Grimshaw v. Ford Motor Co*, também conhecido por *Pinto Case*, ou *exploding Pinto*.

Tratou-se do fabrico de um automóvel cidadão pela empresa FORD, que apresentava um design original, em forma de pintainho, mas que explodiu imediatamente após a colisão com um obstáculo, provocando a morte do proprietário e ferimentos graves nos passageiros.

Na sequência do apuramento das causas da explosão do veículo, descobriu-se que a mesma se ficara a dever à combustão do tanque de gasolina do Pinto, ocorrida

⁶⁰ Exemplos retirados do texto correspondente à intervenção de Paula Meira Lourenço no colóquio organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça, subordinado ao tema “Responsabilidade civil- Novas perspectivas”, realizado nos dias 13 e 14 de Março de 2008, sob o título “A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação”, pp. 4-9.

imediatamente após a colisão devido à extrema delicadeza do material de que era feito e à sua posição no veículo, o que violava as regras de segurança de fabrico automóvel.

Apurou-se ainda que estes factos eram conhecidos pela FORD, a qual tinha encomendado um estudo para analisar o problema e apurar o montante que seria necessário dispendir para o resolver. Como a solução apresentada no estudo implicava alterar o design do Pinto, e a FORD não o quis fazer, manteve o design original, arriscando-se a ser processada pelos eventuais lesados e condenada no pagamento de uma indemnização em sede de responsabilidade civil do produtor.

Justificando esta decisão, o dono da FORD afirmou em audiência de julgamento que preferia pagar as eventuais indemnizações pelos danos causados, do que alterar o design do Pinto, porque os lucros seriam sempre superiores às indemnizações a pagar.

Pretendendo utilizar este caso para enviar uma mensagem a todos os fabricantes de automóveis que actuavam de igual forma, o Tribunal da Califórnia condenou a FORD a pagar aos lesados 4.5 milhões de dólares, a título de indemnização compensatória (compensatory damages) e 125 milhões de dólares a título de indemnização sancionatória ou punitiva (punitive damages).

Actualmente, o Pinto Case constitui um dos mais importantes marcos da jurisprudência norte-americana, pois abriu a porta à condenação no pagamento de punitive damages em casos de responsabilidade civil do produtor, sempre que este se recusa a eliminar defeitos conhecidos ou cognoscíveis, mesmo depois de o produto estar em circulação, correspondendo à aplicação prática do entendimento que desde 1976 era defendido por DAVID G. OWEN.

Após o Pinto Case, os consumidores americanos passaram a confiar aos punitive damages a tutela do direito à vida e à integridade física, pois nem a atribuição de uma compensação pecuniária pelos danos sofridos pelos lesados, nem as normas legais acerca da segurança dos produtos, são suficientes para dissuadir os agentes económicos de incumprirem a lei.»

b) O caso Midler v. Ford Motor Co.

«No caso Midler v. Ford Motor Co, a cantora e atriz BETTIE MIDLER recusou-se a participar num anúncio televisivo em virtude da diminuta quantia que lhe foi oferecida, pelo que a empresa FORD substituiu-a por uma sócia.

O tribunal considerou que estávamos perante um “curto-circuito do contrato” (contractual bypass) já que a empresa FORD escolheu utilizar, abusivamente, a imagem de BETTIE MIDLER (o público acreditou que se tratava de BETTIE MIDLER), em vez de celebrar o respectivo contrato com a cantora, pois estimou que o lucro que obteria com o aumento das vendas do produto decorrente do sucesso do anúncio, seria superior à quantia que teria de pagar por violação do direito à imagem.

A jurisprudência norte-americana considerou que a empresa FORD tinha actuado como uma “ladra”, que decide "(i)f we can't buy it, we'll take it", e atribuiu à lesada um montante a título de punitive damages, que acresceu à indemnização compensatória.»

Como se depreende dos exemplos expostos, não é a possibilidade de vir a ser condenado a reparar ou a compensar os danos provocados que inibe o produtor de lançar ou manter produtos perigosos no mercado, nem tampouco o meio de comunicação ou a empresa de usar a imagem de pessoas sem a sua autorização ou mesmo contra a sua vontade, uma vez que estes se orientam pela racionalidade económica. Mas é, sim, a solução dos danos punitivos que o pode evitar pois, pelas suas características, de incerteza e de possibilidade de exceder o dano, inviabilizam aquele critério.

5.2- Os problemas de admissão dos danos punitivos no ordenamento jurídico português.

Julgo não ter deixado grandes dúvidas acerca da eficácia dos danos punitivos, enquanto garante dos direitos de personalidade e principal arma de defesa contra a racionalidade económica com que actuam os agentes económicos.

Aliás, a sua aplicação não tem criado problemas de maior nos países de sistema anglo-saxónico. No entanto, entre nós, a história é diferente, uma vez que nos limitamos a estudá-los e, na maior parte dos casos, a concluir pela impossibilidade da sua aplicação.

Em primeiro lugar, não se pode deixar de notar a ausência de disposições legais nesse sentido, isto é, que indiquem danos punitivos ou que, pelo menos, os sugiram, ao contrário do que acontece nos outros ordenamentos jurídicos. Depois, embora a nossa doutrina e jurisprudência já fale e se baseie na função punitiva da responsabilidade civil, como vimos anteriormente, ambas as figuras não se podem confundir.

Quanto às questões de fundo, a utilização dos danos punitivos no nosso ordenamento jurídico gera problemas de constitucionalidade, na medida em que viola os princípios gerais de direito e processo penal, protegidos pelos artigos 29º e 32º da CRP:

- Viola, desde logo, o princípio “nullum crimen sine lege”, protegido pelo nº1 do artigo 29º da CRP, que diz que «ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior...». Com isto, a constituição diz que «só a lei é competente para definir crimes (...) e deve especificar suficientemente os factos que constituem o tipo legal de crime...» e, no caso dos danos punitivos, sancionar-se-iam todas as condutas dolosas ou praticadas com claro desrespeito pelos direitos alheios, sem que nenhuma conduta em particular estivesse tipificada em lei anterior- princípios da legalidade e da tipicidade⁶¹.

- Sujeitar o agente a um procedimento criminal e a danos punitivos, equivale, também, a atribuir-lhe uma dupla pena, o que viola o princípio “non bis in idem”, guardado pelo nº5 do artigo 29º da CRP, que diz que «ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime». Este princípio garante, por um lado, um direito subjectivo fundamental aos cidadãos, conferindo-lhes a possibilidade de se defenderem contra actos estaduais violadores deste direito, mas obriga, por outro, o legislador a

⁶¹ J.J. CANOTILHO E VITAL MOREIRA, “CRP Anotada”, Vol. I, Coimbra Editora, p. 494.

conformar o direito processual de modo a impedir a existência de vários julgamentos- como é o caso dos danos punitivos atribuídos no âmbito civil⁶².

- Condena-lo a danos punitivos sem a instauração de um qualquer procedimento criminal viola, ainda, os princípios da presunção de inocência, presente no número 2 do artigo 32º da CRP, que nos diz que «todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação...», da igualdade, presente no artigo 13º, uma vez que a condutas idênticas podem ser impostas quantias muito diferentes, e da proporcionalidade, já que há a possibilidade do lesante com o mesmo comportamento ser condenado várias vezes por danos punitivos e em montantes exagerados⁶³.

O facto de os danos punitivos poderem exceder o dano faz com que se entenda que, no limite, também admitam a punibilidade da tentativa do dano, algo impensável no nosso ordenamento jurídico. No nosso sistema, o dano funciona como unidade transversal a todos os tipos de responsabilidade civil e é a “marca de água” que os caracteriza, ainda que possa ser patrimonial ou não patrimonial, pessoal ou não pessoal, real ou de cálculo, emergente ou lucro cessante, presente ou futuro e directo ou indirecto. No fundo, não interessa o tipo de dano, mas só haverá responsabilidade civil se este existir – mesmo que seja de cálculo mais difícil, como é o caso dos danos não patrimoniais- sob pena de descaracterizar o instituto.

Alguns autores acusam o problema da incerteza dos danos punitivos quanto ao seu quantitativo, pela sua indeterminação, arbitrariedade e ausência prévia de limite. Indeterminação porque é ao julgador segundo as circunstâncias do caso em concreto a quem compete decidir; arbitrariedade porque o júri- no direito anglo-saxónico- é composto por pessoas sem formação jurídica e cuja sensibilidade varia muito de umas para as outras; ausência de limite prévio porque este efectivamente não existe.

Quanto às últimas críticas oponho-me, na medida em que entre nós nunca seria um júri constituído por pessoas sem formação jurídica a decidir, mas antes um juiz-julgador responsável, competente e imparcial, guiado pela lei e pelos critérios da equidade e da proporcionalidade, com o objectivo de fazer a justiça no caso em concreto. Assim, excluída

⁶² J.J. CANOTILHO E VITAL MOREIRA, “CRP Anotada”, *ob. cit.*, p. 497.

⁶³ PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, *ob. cit.*, pp. 1082-1083; JÚLIO GOMES, *ob. cit.*, p. 110.

a arbitrariedade, a indeterminação e a ausência de limite prévio apenas contribuiriam para tornar inepta a racionalidade económica, uma vez que eram tirados aos agentes económicos os dados para os seus cálculos. É a «...incapacidade do agente prever o montante de danos punitivos que lhe seria imposto, a única forma de evitar que os agentes económicos, orientados por critérios de racionalidade económica, tenham a facilidade de optar entre cumprir a lei ou adoptar condutas ilícitas, pois escolherão esta última hipótese sempre que prevejam que os lucros que a conduta ilícita produzir são superiores ao valor dos danos punitivos que seriam condenados a pagar ao lesado»⁶⁴.

A circunstância de poderem registar-se, por cá, altíssimos aumentos das indemnizações, em virtude da ausência de um limite prévio, apenas poderia ser encarada com optimismo e satisfação, pois talvez se resolvesse o nosso problema (apontado no ponto 4), sem o recurso aos danos punitivos. Nesse sentido PAULA MEIRA LOURENÇO: «Aliás, atendendo às irrisórias compensações punitivas que são atribuídas por danos não patrimoniais, qualquer receio de elevação exacerbada dos montantes, não só é infundado, como a conceber-se, seria até desejável.»⁶⁵.

Outra crítica bastante acolhida pelos opositores dos danos punitivos é a de um eventual enriquecimento injustificado do lesado. Ora se ele já vai receber uma indemnização correspondente à reparação dos danos que sofreu- e os casos que justificam a atribuição de danos punitivos são os mesmos que exigem uma reparação total- e essa indemnização vai estar acrescida pelo valor dos danos punitivos, então o lesado acaba por “lucrar”, por receber “injustamente”. No fundo, o lesado sai dali numa situação melhor do que aquela em que se encontrava antes da lesão e isso pode ter um efeito perverso: passa o lesado a actuar com uma certa negligência pois prefere deixar acontecer a situação lesiva do que evitá-la, até porque recorrendo aos tribunais vai gozar de uma posição de superioridade nas negociações. Isto acontece porque o lesante prefere ceder nas propostas do lesado, as quais conhece e pode discutir, do que arriscar e submeter-se ao pagamento de uma quantia a título de danos punitivos, cujo montante é indeterminado⁶⁶.

Não obstante, também concordo com a ideia de que não deve ser o enriquecimento do lesado “a” razão para a não imposição dos danos punitivos ao lesante, quando a

⁶⁴ PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, *ob. cit.*, p. 1092.

⁶⁵ PAULA MEIRA LOURENÇO, “A função punitiva da responsabilidade civil”, *ob. cit.*, p.396.

⁶⁶ PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, *ob. cit.*, pp. 1083-1084.

necessidade para a sua imposição se deve à censurabilidade da conduta do agente⁶⁷; com o facto de parecer mais difícil aceitar que o lesante consiga obter um lucro de modo ilícito, em vez do eventual enriquecimento injusto do lesado- até porque a culpa do lesado concorre no cálculo das indemnizações (artigo 570º do CC); e com a circunstância de a restituição do lucro do lesante ter de facto um importante efeito dissuasor na prática das condutas ilícitas- pois é esse objectivo que move os agentes económicos.

Outra crítica que se deve fazer a qual sufrago na totalidade é a da incompatibilidade dos danos punitivos com a responsabilidade objectiva, tal como se aplica, por exemplo, no ordenamento jurídico norte-americano⁶⁸. Ora se estes se explicam e se fundam na finalidade de retribuir e prevenir a conduta do agente que agiu com culpa – nos termos de a sua conduta merecer a reprovação ou censura do direito porque, pela sua capacidade e em face das circunstâncias concretas da situação, podia e devia ter agido de outro modo⁶⁹ – esse pressuposto, da culpa, torna-se absolutamente indispensável a qualquer forma de punição, tanto mais no âmbito das relações privadas (punição civil).

Outro problema surge no tocante às pessoas colectivas. A aplicação de danos punitivos às pessoas colectivas, quando na maior parte dos casos as condutas fraudulentas foram praticadas por ex-gerentes ou ex-administradores, torna-se ineficaz, sob o ponto de vista das suas finalidades, pois já não vão ser punidos os seus agentes nem se evita a repetição das condutas. Nestes casos, quem sai prejudicado (e punido) são os accionistas das sociedades comerciais e os consumidores⁷⁰.

5.3- Danos punitivos vs A função punitiva da responsabilidade civil

Da análise feita aos danos punitivos, podemos aferir que estes só poderão existir e ser aplicados depois de reconhecida uma função punitiva à responsabilidade civil, uma vez

⁶⁷ PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, *ob. cit* pp. 1091-1092.

⁶⁸ Tal como diz Paula Meira Lourenço, «Nos EUA a responsabilidade civil do produtor por produtos defeituosos ou perigosos verifica-se independentemente de culpa, decorrendo tão só do facto de se colocar no mercado aquele tipo de produtos» (PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, *ob. cit*, p.1038.

⁶⁹ ANTUNES VARELA, “Das obrigações em Geral”, *ob. cit*, p. 562 e 563.

⁷⁰ PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, *ob. cit*, p. 1087.

que visam através desta punir o lesante e prevenir a repetição da conduta no âmbito do direito civil.

Pelo contrário, o reconhecimento de uma função punitiva na responsabilidade civil não implica a utilização de danos punitivos, como acontece, aliás, entre nós, sendo estes apenas uma das suas formas de concretização.

Na verdade, tal como já comprovámos ao longo deste trabalho, o nosso ordenamento jurídico reconhece uma função punitiva na responsabilidade civil e já não danos punitivos.

A grande diferença ao nível do conteúdo dos conceitos reside na consideração que ambos fazem do dano e na sua relação com o montante que é atribuído a título de “punição”: enquanto que admitir uma função punitiva/preventiva da responsabilidade civil pode significar apenas- e, entre nós, significa- que o quantum indemnizatório vá ter em conta o grau de culpa do agente e/ou a situação económica do lesado e, já não, que a indemnização possa ser superior ao dano (e muito menos independente deste); a principal característica dos danos punitivos é precisamente a sua capacidade para excederem o dano efectivamente sofrido pelo lesado e/ou serem independentes deste.

Também como já confirmamos, a doutrina e a jurisprudência portuguesas quando reconhecem a função punitiva da responsabilidade civil, subordinam-na ou atribuem-lhe um papel secundário, impondo-lhe como limite o dano e rejeitando “outra vez” a solução dos danos punitivos.

6- A solução pela inclusão do lucro do lesante na indemnização.

Como tenho vindo a denunciar, os agentes económicos descobriram uma forma de lucrar com a violação de direitos alheios pois, sempre que o agente compara o quantum indemnizatório com o lucro que previsivelmente lhe advirá da violação da norma, e chega à conclusão de que a indemnização será inferior, vai optar pela violação da norma jurídica⁷¹.

É, pois, a ânsia de obter lucro que motiva e possibilita a actuação fraudulenta dos agentes económicos.

Ora num sistema onde a restituição desse lucro fosse obrigatória, este tipo de racionalidade económica tornar-se-ia impossível. Sem a possibilidade de conservar o lucro que motivou a acção, esta não ocorre.

Acontece, no nosso ordenamento jurídico, não se afigurar esta solução a mais indicada, em virtude da consideração que se faz do lucro do lesante, que não aparece como um dano do lesado e, como vimos, este é o pressuposto unificador do instituto da responsabilidade civil, sem o qual sairíamos deste âmbito. O que se poderia fazer, no meu entender, era adoptar a solução proposta por PAULA MEIRA LOURENÇO, na parte em que propõe a criação de um Fundo de Garantia que tenha por objectivo suportar os montantes indemnizatórios a pagar aos lesados quando os lesantes não o possam fazer por insuficiência de bens penhoráveis⁷². Desta forma, também cairia por terra o argumento de um eventual enriquecimento injusto do lesado.

Não obstante o que foi dito, a solução de retirar o lucro aos lesantes também não me parece suficiente, tendo em conta que as indemnizações serão sempre eventuais e, por isso, haverá sempre quem “tente a sua sorte”, violando os direitos dos outros na esperança de apanharem alguém que não se queira incomodar, ou seja menos informado para, dessa

⁷¹ Texto correspondente à intervenção de Paula Meira Lourenço no colóquio organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça, subordinado ao tema “Responsabilidade civil- Novas perspectivas”, realizado nos dias 13 e 14 de Março de 2008, sob o título “A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação”, p. 25.

⁷² Texto correspondente à intervenção de Paula Meira Lourenço no colóquio organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça, subordinado ao tema “Responsabilidade civil- Novas perspectivas”, realizado nos dias 13 e 14 de Março de 2008, sob o título “A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação”, p. 27.

forma, obter lucros, já que na pior das hipóteses apenas não vão conseguir conservar o lucro obtido através do acto ilícito.

Os danos punitivos prevêem, entre outras medidas do seu cálculo, a restituição do lucro do lesante. Contudo, é importante distinguir as situações: enquanto os danos punitivos só dependem do comportamento do lesante, a solução em análise depende da existência de lucro. Isto significa que para serem aplicados os danos punitivos, basta que o agente tenha actuado com a expectativa de obter lucros, não se exigindo que os alcance de facto⁷³. JÚLIO GOMES explica a diferença e salienta a propósito dos “restitutionary damages” de Inglaterra que a imposição desta solução «teria uma vantagem assinalável sobre os chamados punitive damages (...) porquanto a obrigação de restituir o lucro obtido pela prática de um facto ilícito surge como muito menos arbitrária do que a obrigação de pagar uma “indenização” cujo montante é, na prática, completamente discricionário...»⁷⁴.

⁷³ PAULA MEIRA LOURENÇO, “A função punitiva da responsabilidade civil”, *ob. cit.*, p. 425.

⁷⁴ JÚLIO GOMES, “O conceito de enriquecimento”, *ob. cit.*, p.791.

7- Em conclusão

Tenho por evidente a necessidade de o homem ser responsável pelas suas acções e que os meios que o garantam sejam eficazes. Assim e por isso, o legislador tem de acompanhar sistematicamente a evolução, negativa e positiva, dos comportamentos, em ordem a estar permanentemente adequado à sua função reguladora de uma saudável vida em sociedade, no respeito pelo valor da dignidade humana e da salvaguarda dos princípios da igualdade e coexistência pacífica que tal impõe. Normas vazias de conteúdo, ineficazes para prevenir atropelos de direitos de terceiros, seja qual for o que as motiva, mais quando se trata de motivações egoísticas, economicistas e imorais, não podem ser tidas por vontade de lei – cfr. n.º 3, do art. 9., do C.Civil e Ac. do STJ, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Torres Paulo, de 23/04/1998, *in* Actualidade Jurídica, Ano II, n.º 18, de Setembro de 1998.

Quer isto dizer que as consequências legais que impendem sobre os actos ilícitos não podem ser ineficazes e, muito menos, boas ou benéficas para os sujeitos sobre os quais recaem, sob pena de ao invés de evitarem as lesões dos bens jurídicos, se tornarem no meio desejável para o fazer.

Não parece, pois, restar qualquer dúvida acerca da existência de uma função punitiva na responsabilidade civil, tanto pelo reconhecimento da doutrina- a título de exemplo, referindo-se aos danos não patrimoniais, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES diz que a reparação não reveste um puro carácter indemnizatório mas antes um carácter punitivo⁷⁵; e no caso da responsabilidade por culpa, MENEZES LEITÃO diz existir uma clara função preventiva e punitiva que se demonstra pelos critérios dos artigos 494º, 497º/2 e 570º todos do CC e pela normal irrelevância da causa virtual na responsabilidade civil⁷⁶ - como pelo reconhecimento da jurisprudência- como se pode ler, também a título de

⁷⁵ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Direitos das obrigações”, Coimbra Editora, 1997, p.387.

⁷⁶ MENEZES LEITÃO, “Direito das Obrigações”, Coimbra, Almedina, 2000, p. 283 e ss..

exemplo, nos doutos acórdãos do STJ de 30/10/96 e de 04/12/96, ambos de SILVA PAIXÃO, nos quais afirma que à indemnização por danos não patrimoniais não é estranha "a ideia de reprovar ou castigar, no plano civilístico e com os meios próprios do direito privado, a conduta do agente"⁷⁷ (no primeiro); e que "a concessão da indemnização (...) funciona como reparação e como castigo"⁷⁸ (no segundo).

E, embora também não seja contestado o carácter acessório ou subordinado da função punitiva da responsabilidade civil, face a função principal que é a reparatória, aquela chega mesmo a exigir, no caso dos danos não patrimoniais, uma certa autonomia. Como tal, ANTUNES VARELA, referindo que «não se pode aceitar como boa a afirmação de que seja “nitidamente excepcional” a função sancionatória ou preventiva da responsabilidade, baseada na ilicitude do facto. Será uma função subordinada (e, por isso mesmo, a indemnização não excede, em princípio, o valor do dano causado pelo autor); mas, com a amplitude que o artigo 494º hoje atribui ao poder do tribunal de graduar o montante da indemnização, de olhos postos, acima de tudo, no grau da culpabilidade do agente, não pode seriamente contestar-se o seu carácter geral, fundado na ilicitude do facto»⁷⁹.

Ora para este reconhecimento muito contribuiu o aparecimento dos danos não patrimoniais, dos danos difusos e outros “complexos, graves e irreversíveis” porque, por um lado, são insusceptíveis de avaliação pecuniária e reclamam uma qualquer “reparação”, o que veio quebrar o dogma da função exclusivamente ressarcitória da responsabilidade civil; e, por outro lado, são esses mesmos danos de difícil avaliação que possibilitam a obtenção do lucro por parte dos agentes económicos: se o dono de uma fábrica poluidora chega à conclusão de que as multas que tem de pagar mais as eventuais indemnizações por danos são substancialmente mais baixas do que o preço do cumprimento das regras sanitárias, então ele optará sempre por as não cumprir; assim como o produtor irá continuar a fabricar produtos de má qualidade e perigosos para as pessoas, sempre que o produto das

⁷⁷ STJ 30/10/96 (SILVA PAIXÃO) disponível em www.dgsi.pt e publicado no BMJ, n.º 460, Ano 1996, pp. 444 e ss..

⁷⁸ STJ 04/12/96 (SILVA PAIXÃO).

⁷⁹ ANTUNES VARELA, “Das Obrigações em Geral”, Coimbra, Almedina, 2000, p. 930.

vendas compense as eventuais indemnizações que tenha de pagar por danos; e o caso mais evidente é o dos meios de comunicação que, chegando à conclusão de que vão fazer uma fortuna ao usar a imagem de uma personalidade, nem precisam de lha pedir, porque depois apenas terão de lhe pagar uma indemnização que será sempre inferior àqueles lucros.

Tal como nos diz MENEZES CORDEIRO, «as agressões, no sentido mais amplo do termo, multiplicam-se, merce da evolução tecnológica e da crescente pressão das sociedades modernas sobre as pessoas; paralelamente, parece clara a incapacidade do direito penal clássico para assegurar uma protecção (...) há, pois, que facilitar a imputação aquiliana, no tocante a danos morais, quer aligeirando- tanto quanto a correcta interpretação da lei o permite- os seus pressupostos, quer reforçando as indemnizações»⁸⁰. Ora esta parece-me ser a solução a adoptar. De facto, parece muito mais fácil aumentar as indemnizações por danos não patrimoniais. Aqui, o valor dos danos não tem uma expressão matemática, aferível por valores de mercado- se na nossa sociedade entendermos que o dano morte tem um valor de 100.000 euros, ele terá; se assumirmos que o preço a pagar ao lesado que viu a sua imagem ser usada sem a sua autorização for de 20.000, assim também será.

Por aqui, não se está a exceder o dano, ao contrário da solução dos danos punitivos e da atribuição do lucro do lesante ao lesado. O valor da indemnização há-de continuar a ser medido pelo dano mas não só. A culpabilidade do agente deve influir directamente no quantum indemnizatório permitindo aumentar ou diminuir a indemnização, consoante o lesante deva ser mais ou menos punido.

Parece-me exagerada a solução dos danos punitivos, pelo alheamento do dano- tal como afirma MENEZES CORDEIRO, «a responsabilidade civil depende tenazmente da existência de dano⁸¹ - e descabida no tocante à sua aplicação na responsabilidade civil do produtor, tal como acontece nos EUA, uma vez que a culpa funciona como fundamento indispensável a qualquer punição.

Não se pode é tratar de forma igual aquilo que é diferente: se o agente agiu com dolo, violando propositadamente direitos alheios porque dessa forma ia obter chorudos

⁸⁰ MENEZES CORDEIRO, *Direitos das Obrigações*, 2º vol., Lisboa, 1986 (reimpressão), pp. 277 e ss..

⁸¹ MENEZES CORDEIRO, “Direito das obrigações”, *ob, cit*, pp. 277.

lucros, deve ser sancionado e punido no âmbito do direito civil, ainda que a indemnização também se meça pelo dano.

Mais, a consideração do carácter sancionatório da responsabilidade civil deve tender a extravasar dos danos exclusivamente morais, para os danos patrimoniais, quando seja aberrante a relação entre o lucro conseguido pelo ilícito e a indemnização que a espartilhada contenção na mera consideração do dano venha a permitir. De iure condendo, quiçá, mas de justiça, isso sim.

“Que me importa a mim o código da justiça se dentro desse código há apenas palavras e não justiça?”⁸².

⁸² Leonardo Coimbra, recolhido por Paulo Ferreira da Cunha, *in* *As Faces da Justiça*, Almedina, Coimbra, 2002, a pgs. 179.

Referências Bibliográficas

ASCENSÃO, Oliveira, “Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos”, Coimbra, 1992

CANOTILHO, J.J. e MOREIRA, Vital, “CRP Anotada” Vol. I, Coimbra Editora,

CARVALL, Suzanne, “La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, L.G.D.J., Paris, 1995

COELHO, Pereira, “O problema da causa virtual na responsabilidade civil”, Coleção Teses, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 1998

CORDEIRO, Menezes, “Direito do Ambiente, princípio de prevenção: direito à vida e à saúde- anotação ao acórdão do STJ de 2/07/1996”, ROA, Ano 56, Agosto de 1996, Lisboa
_____, “Direitos das Obrigações”, 2º vol., Lisboa, 1986 (reimpressão)
_____, “Tratado de Direito Civil Português”, I – Parte Geral, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2000

DA CUNHA, Paulo Ferreira, *in* As Faces da Justiça, Almedina, Coimbra, 2002

GALVÃO TELLES, Direito das Obrigações, 7ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997

GOMES, Júlio, “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?”, Revista de Direito e Economia, Coimbra, ano 15, 1989

GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro, “Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil”, Direito e Justiça, v15.1 (2001)

JORGE, Fernando Pessoa, “Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil”, Coimbra, Almedina, 1999

LARENZ, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, 2ª ed., 1957, § 69, III

LEITÃO, Luís Menezes, “Direito das Obrigações”, Vol. I – Introdução – Da Constituição Geral das Obrigações, Coimbra, Almedina, 2000

LIMA, Pires de, e VARELA, Antunes, Código Civil Anotado, 4.ª edição, revista actualizada, com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA, Vol. I, Coimbra Editora, 1987

LOURENÇO, Paula Meira, A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, Coimbra Editora, 2006

_____, “Os danos punitivos”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLIII, nº2

MONTEIRO, Pinto, “Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil”, BFD (Suplemento XXVIII), Universidade de Coimbra, Coimbra, 1985

PINTO, Mota, Teoria Geral do Direito Civil, 3ª edição, de 1985, Coimbra Editora, 1999

SERRA, Vaz, “Fundamento da Responsabilidade Civil”, (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções ilícitas), Lisboa, 1959

_____, “Mora do devedor”, BMJ, 48 (1955)

_____, “Reparação do dano não patrimonial”, BMJ,83, (1959)

SILVA, Manuel Gomes, “O dever de prestar e o dever de indemnizar”, Vol. I, Lisboa, 1944

VARELA, Antunes, “Código Civil Anotado”, 4.ª edição, revista e actualizada, com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, volume I

_____, “Das Obrigações em Geral”, vol. I, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000

VASCONCELOS, Pais de, “Teoria Geral do Direito Civil”, Vol. I, Lisboa, Lex, 1999

Índice

Introdução	2
1- Responsabilidade Civil	5
1.1 - A Liberdade e a Responsabilidade	5
1.2 - Responsabilidade civil e seus pressupostos.....	6
2- Funções da Responsabilidade Civil.....	10
2.1- A função reparatória	10
2.2- A função de compensação e de satisfação.....	11
2.3- As Funções Preventiva e Punitiva	12
3 -Manifestações da função punitiva da responsabilidade civil	14
3.1- No Código Civil	14
a) O código evidencia a responsabilidade civil por culpa- aquela que censura e reprova a actuação do lesante- e excepciona a responsabilidade pelo risco (art.483º/1 e 2).....	14
b) O recurso à equidade para fixação do montante da indemnização, feito para os casos: .	17
c) A geral irrelevância da causa virtual	17
d) Os danos não patrimoniais.....	19
e) A mora do devedor	21
f) As punições civis.....	22
3.2 - Outras Consagrações Legislativas	23
a) Os direitos de autor	23
b) Os danos ambientais e os danos ecológicos	24
c) O direito do Trabalho.....	26
4- Necessidade de uma função preventiva e punitiva na responsabilidade civil mais eficaz. O problema.	28

4.1- A violação dos direitos de personalidade.	28
5- A solução dos danos punitivos do sistema anglo-saxónico.....	31
5.1- Exemplos	32
a) O caso Grimshaw v. Ford Motor Co.	32
b) O caso Midler v. Ford Motor Co.	34
5.2- Os problemas de admissão dos danos punitivos no ordenamento jurídico português.	34
5.3- Danos punitivos vs A função punitiva da responsabilidade civil.....	38
6- A solução pela inclusão do lucro do lesante na indemnização.....	40
7- Breves conclusões	42
Referências Bibliográficas	46