



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Pedro Manuel Pimenta Mendes

**RESTITUIÇÃO DO LUCRO ILÍCITO PELA  
VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE PERSONALIDADE**

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito – Ciência Jurídico-Civilísticas com  
Menção em Direito Civil, orientada pela Professora Doutora Ana Mafalda  
Castanheira Neves de Miranda Barbosa e apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra**

Julho de 2019



FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

**Pedro Manuel Pimenta Mendes**

**RESTITUIÇÃO DO LUCRO ILÍCITO PELA VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE  
PERSONALIDADE**

***THE REIMBURSEMENT OF ILLEGAL PROFIT OBTAINED BY UNLAWFUL VIOLATION OF  
PERSONALITY RIGHTS***

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em  
Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de  
Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas com Menção em  
Direito Civil.*

**Orientadora:** Professora Doutora Ana Mafalda Castanheira  
Neves de Miranda Barbosa.

COIMBRA

2019

## **AGRADECIMENTOS**

---

Aos meus Pais, pela paciência que tiveram de ter, pela compreensão dos diversos desabafos durante todo este período, pelo apoio incondicional em todas as decisões tomadas, quer nos melhores, quer nos piores momentos e, sobretudo, por lhes poder depositar a confiança de que, caso algo não corresse da melhor maneira, sempre me iriam de novo alavancar.

Ao meu Avô, que sempre se preocupou com o meu bem-estar durante este tempo e me incentivou incessantemente, e às minhas Avós que, tenho a certeza, sempre me estiveram a apoiar e a zelar por mim.

Ao meu afilhado, que muito ouviu as novas ideias que iam surgindo, a qualquer hora do dia (ou da noite).

À Professora Doutora Mafalda Miranda Barbosa pelo incansável apoio, por todo o conhecimento que me transmitiu ou que me incentivou a adquirir, pela leitura atenta de todas as palavras que foram escritas, e, sobretudo, por todos os conselhos e orientações que em muito contribuíram para esta dissertação.

Aos meus Amigos que sempre acreditaram em mim, muitos deles mais do que eu próprio, e que estão sempre à distância de uma mensagem ou de uma chamada para qualquer eventualidade.

## RESUMO

---

Na sociedade hodierna, a consulta de meios de informação e comunicação encontra-se cada vez mais facilitada. Os vários meios de comunicação viram-se cada vez mais para um objetivo de obtenção de lucros. Para cumprirem esse desiderato, procuram ir ao encontro da curiosidade do público, lançando notícias violadoras de direitos de personalidade, normalmente de figuras públicas, de modo a aumentarem as suas vendas. Muitas vezes, estes órgãos atuam tendo em conta um raciocínio de cariz estritamente económico: se chegarem à conclusão de que um determinado comportamento irá gerar um lucro, as condutas que forem necessárias para a obtenção do mesmo não são excluídas. Segue-se aqui a máxima de “o lucro compensa”.

Nesta dissertação, procuraremos analisar se existe no ordenamento jurídico português um instituto apto e adequado para retirar ao agente o lucro obtido ilicitamente pela violação de direitos de personalidade.

Concluimos que o instituto da responsabilidade civil não é apto para resolver o problema. O instituto possui uma finalidade essencialmente reparadora, centrada na noção de dano. Excluimos, assim, qualquer finalidade punitiva primária, pelo que a abertura à admissibilidade do pagamento de danos punitivos ou de uma compensação punitiva não deve proceder.

Concluimos também que o instituto da gestão de negócios não é igualmente adequado para a resolução do problema. Soa estranho ao nosso pensamento que o dono do negócio, para conseguir que o lucro do gestor lhe seja restituído, tenha de aprovar a gestão, reembolsá-lo de determinadas despesas e ainda indemnizá-lo pelo prejuízo que haja sofrido.

Por último, julgamos que o enriquecimento sem causa cumpre o objetivo da dissertação: este instituto permite a restituição do lucro ilícito pela violação de direitos de personalidade. No entanto, pensamos também que este instituto não possui suficientes efeitos preventivos. Iremos, assim, propor uma alteração ao Código Civil numa próxima reforma legislativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos de Personalidade, Lucro ilícito, Danos, Danos Punitivos, Danos Não Patrimoniais, Responsabilidade Civil, Enriquecimento Sem Causa, Danos Ambientais.

## ABSTRACT

---

Nowadays, information is easily accessible to everyone, due to its dissemination in data bases. Moreover, media have turned to a profit-making goal strategy. In order to fulfil this goal, they target public curiosity by launching news that violate personality rights, usually from public figures, in order to increase their sales. Usually, these agents act on strictly economic grounds; so, if they reach the conclusion that a certain particular behaviour will generate profit, such behaviour is not excluded even if it involves the unlawfulness of the conduct. According to the popular saying, “profit pays off”.

In the pages below, we will try to analyse if there is, in the Portuguese legal order, any suitable and appropriate institute to withdraw agents’ profit obtained unlawfully due to the violation of personality rights.

We conclude that tort law is not apt to solve all the problems. Tort law is largely dominated by corrective justice and centred in the notion of harm. Its main goal is the compensation of damages. Although some scholars defend the condemnation of the defendant in punitive damages, we think that the Portuguese legal order does not allow such mechanism. Therefore, we exclude any punitive goals for tort law.

We also conclude that business management institute is not either suitable for solving this problem. In fact, it seems doubtful that the owner of the business, in order to get the manager’s profit back, has to approve the management, reimburse him of certain expenses and compensate him for any loss he may have suffered.

On the contrary, unjust enrichment can solve the problem in a limited way. The institute allows the restitution of any illicit profit generated by the violation of personality rights. However, deterrence can be compromised. Thus, we will propose an amendment to Civil Code in a forthcoming legislative reform.

**KEY-WORDS:** Personality Rights, Illegal Profit, Damages, Punitive Damages, Non-Pecuniary Damages, Tort Law, Unjust Enrichment, Environmental Damages.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

---

<b>Ac.</b>	Acórdão
<b>Art.</b>	Artigo
<b>BGB</b>	Bürgerliches Gesetzbuch
<b>CC</b>	Código Civil
<b>Cfr.</b>	Conforme
<b>CP</b>	Código Penal
<b>CPC</b>	Código Processo Civil
<b>CPP</b>	Código Processo Penal
<b>CRP</b>	Constituição da República Portuguesa
<b>DL</b>	Decreto-Lei
<b>Et. Al.</b>	Et Alii
<b>I.e.</b>	Id Est
<b>Ob. Cit.</b>	Obra Citada
<b>p.e.</b>	Por Exemplo
<b>V.g.</b>	Verbi Gratia
<b>Vd.</b>	Vide
<b>Vol.</b>	Volume

# ÍNDICE

---

## Conteúdo

<b>1. Introdução</b> .....	10
<b>2. O Objeto de Estudo</b> .....	11
<b>3. Linhas de Tratamento da Questão</b> .....	13
Capítulo I .....	14
<b>1. Finalidades da Responsabilidade Civil</b> .....	14
1.3. Finalidade Ressarcitória da Responsabilidade Civil.....	14
1.2. Finalidade Preventiva da Responsabilidade Civil .....	16
1.2.1. Finalidade Preventiva .....	16
1.2.2. Finalidade preventiva segundo uma Análise Económica do Direito .....	17
1.2.2.1. Comportamentos eficientes.....	19
1.2.2.2. Posições divergentes .....	21
1.2.2.3. Críticas à Análise Económica do Direito.....	37
1.2.3. Função Sancionatória da Responsabilidade Civil.....	41
1.4. Finalidade Punitiva da Responsabilidade Civil? .....	42
1.4.1. Algumas considerações.....	42
1.4.2. Redução do Montante Indemnizatório.....	43
1.4.3. Causa Virtual .....	48
1.4.3.1. Causa virtual positiva – um caso de finalidade punitiva?.....	49
1.4.3.2. Causa virtual e teoria da diferença - um caso de finalidade punitiva? ...	61
1.4.4. Danos Ambientais e Dano Ecológico .....	68
1.4.5. Compensação dos Danos Não Patrimoniais .....	79
1.4.5.1. Admissibilidade do Ressarcimento dos Danos Não Patrimoniais .....	81
1.4.5.2. Artigo 496º - Função Punitiva?.....	86
1.4.6. Admissibilidade da condenação em danos punitivos?.....	88
1.4.6.1. Direito Comparado – Danos Punitivos e Funções da Responsabilidade Civil .....	88
1.4.6.2. Ordenamento Jurídico Português.....	99
1.4.6.3. Punitive Damages vs Aggravated Damages .....	100
1.4.6.4. Argumentos a favor da admissibilidade da condenação em danos punitivos.....	101
1.4.6.5. Posição sobre a questão .....	104
1.4.7. Restituição do Lucro Ilícito dentro da Finalidade Compensatória da Responsabilidade Civil? .....	106
Capítulo II .....	109
<b>2. Gestão de Negócios em geral. Enquadramento</b> .....	109
2.1. Gestão de Negócios Imprópria .....	114



2.2. Posição sobre a questão .....	117
3. Enriquecimento Sem Causa .....	118
3.1. Subsidiariedade do Instituto do Enriquecimento Sem Causa .....	119
3.2. Relação entre Enriquecimento sem Causa e Responsabilidade Civil.....	120
3.3. Requisitos de aplicação do instituto do enriquecimento sem causa .....	121
3.3.1. Requisito do “Enriquecimento” .....	121
3.3.2. Requisito “à custa de outrem” .....	124
3.3.3. Limite pelo dano patrimonial? .....	124
3.3.4. Limite pelo dano real? .....	126
3.3.5. Doutrina do Conteúdo da Destinação .....	128
3.4. Aplicação do Instituto do Enriquecimento Sem Causa .....	130
3.4.1. Negação da Qualificação de um Direito de Personalidade como Direito Subjetivo .....	131
3.4.2. Conteúdo Não Patrimonial dos Direitos de Personalidade .....	136
4. Insuficiências do Instituto do Enriquecimento Sem Causa – Novas Soluções.....	138
5. Conclusões .....	141
Bibliografia.....	141

I. Introdução. Formulação do problema. Linhas orientadoras do discurso

## 1. Introdução

O problema da restituição do lucro ilícito pela violação de direitos de personalidade assume importância crescente numa sociedade em que a consulta de meios de informação e comunicação se encontra cada vez mais facilitada.

Os meios de comunicação social procuram ir ao encontro da curiosidade do público, lançando notícias, por vezes falsas, difamatórias, desonrosas, de modo a aumentar o interesse do público-alvo e, assim, incrementar as suas vendas. Estas condutas são orientadas para a obtenção de lucros e, mesmo que envolvam a lesão de direitos de personalidade, nem por isso são excluídas.

Se um agente do mercado, baseado num raciocínio estritamente económico, chegar à conclusão de que uma determinada prática irá gerar lucro que de outro modo não poderia ser alcançado (ou só poderia ser alcançado de modo menos satisfatório) não hesitará em levá-la a cabo, ainda que envolva um ilícito, segundo a máxima o “lucro compensa”.

À responsabilidade civil cabe tradicionalmente reparar prejuízos. O que se tem questionado é se, face à realidade que sumariamente caracterizamos, é possível e desejável chamar o instituto a depor perante o problema do lucro obtido pelo agente através da violação de direitos de personalidade. Deve este lucro ser tido em conta no cômputo da indemnização?

Nesse quadro, não poderemos deixar de ter em conta a finalidade preventiva que há-de estar presente: na verdade, há que criar incentivos para que a conduta lucrativa deixe de ser compensadora, sob pena de, segundo uma lógica efficientista e economicista, não se conseguir obstar à lesão de direitos fundamentais para o integral desenvolvimento do sujeito como pessoa.

## 2. O Objeto de Estudo

Começamos o nosso percurso reflexivo partindo de um caso concreto. Um jornal publicou na capa da sua edição uma manchete (“Carolina – ela luta corajosamente contra o cancro no seio”) que dava a entender aos leitores que a Princesa Carolina do Mónaco padecia de cancro no seio. Aproveitando o facto de a Princesa Carolina ter apoiado uma associação de combate contra o cancro no seio, o jornal resolveu escrever uma manchete que induzisse o público a comprar o jornal para assim conseguir incrementar as suas vendas. No entanto, o sentido indiciado pela parangona era falso, encontrando-se a Princesa bem de saúde<sup>1</sup>.

Imaginemos agora que, face a este comportamento violador de direitos de personalidade, o jornal obteve 300.000€ com a venda da sua edição (despesas já incluídas). Imaginemos também que os tribunais fixaram o montante dos danos não patrimoniais sofridos pela Princesa Carolina no montante de 100.000€<sup>2</sup>. Desta forma, através de uma conduta ilícita, o jornal obteve um lucro de 200.000€.

Será que podemos retirar este lucro ao agente? Se a resposta for afirmativa, qual o meio apto para prosseguir essa finalidade?

Segundo alguns autores, a responsabilidade civil cumpre uma finalidade punitiva e um dos artigos mobilizados para sustentar esta finalidade é precisamente o artigo 496º do Código Civil (doravante CC), respeitante à indemnização dos danos não patrimoniais. Estendendo este raciocínio, defendem que o lucro obtido ilicitamente poderia ser removido por via da responsabilidade civil, condenando o agente ao pagamento de danos punitivos ou de uma compensação punitiva.

Por outro lado, autores há que recorrem, para alcançar a solução justa, aos institutos do enriquecimento sem causa ou da gestão de negócios, uma vez que entendem que o lucro ilícito não pode ser restituído por via da responsabilidade civil.

---

<sup>1</sup> BGH 5-Dez-1995 (Carolina II), NJW 1995, págs. 861 e ss.

Cfr., igualmente, Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, reimpressão da edição de Novembro de 2006, Almedina, 2014, págs. 148 e ss.

<sup>2</sup> Estes valores são meramente exemplificativos.

Por último, na sua tese de Doutoramento, Henrique Sousa Antunes sufraga ainda outra posição. Este autor, para além de afirmar que o lucro obtido ilicitamente pode ser retirado pela via da responsabilidade civil, diz que ainda se está apenas no âmbito da sua finalidade compensatória<sup>3</sup>.

Estas posições vão ser alvo de uma análise crítica nas páginas subsequentes desta dissertação.

Mas retomando o caso da Princesa do Mónaco, o tribunal de primeira instância condenou o lesante ao pagamento de uma indemnização por danos não patrimoniais.

Chamado a pronunciar-se, o tribunal de segunda instância não concedeu uma indemnização em montantes mais elevados, uma vez que, se assim fosse, estar-se-iam a ultrapassar as finalidades de reparação e satisfação próprias da responsabilidade civil, instituto este que, na conceção do tribunal, não visa punir o agente infrator.

No entanto, o BGH assim não entendeu. Pelo contrário, considerou que se estava perante uma grave violação do direito geral de personalidade da Princesa Carolina e, no caso de ofensas graves a este direito, a atribuição de uma indemnização pecuniária deveria ter como finalidade a prevenção de futuros comportamentos (finalidade preventiva), ficando a ideia de compensação relegada para segundo plano<sup>4</sup>. Nesta decisão, o BGH ponderou o facto de o jornal ter atuado com o intuito de obtenção de lucros.

Como podemos ver, existem situações em que a prática de determinados comportamentos atentatórios de direitos de personalidade origina um resultado lucrativo para o agente.

Pode dizer-se, desde já, que a posição da pessoa cujo direito é violado deve ser tutelada. Mas pergunta-se: será que o lucro obtido indevidamente pelo lesante se deve remover na sua totalidade? Será que ao remover o lucro que o lesante obteve, atribuindo-o ao lesado, não estaremos a beneficiar este último injustificadamente? Será que esse lucro deve ser resgatado através de um instituto que tem como uma das finalidades primárias a

---

<sup>3</sup> Vd. infra, o que se explicitará sobre o ponto.

<sup>4</sup> Neste sentido, vd. Luís Vasconcelos Abreu, *A Violação de Direitos de Personalidade pela Comunicação Social e as Funções da Responsabilidade Civil – Recentes Desenvolvimentos Jurisprudenciais. Uma Breve Comparação Luso-Alemã*, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, 2002, págs. 460 e 461.

finalidade punitiva? As perguntas impõem-se na medida em que, como se compreenderá, a adequada tutela da posição jurídica do lesado fica dependente da possibilidade de se atenuar o ganho do lesante, pois de outra forma este – com base num raciocínio de tipo efficientista – tenderá a perpetuar o comportamento lesivo (ou, no futuro, a adotar comportamentos análogos).

### 3. Linhas de Tratamento da Questão

Como se pode desde já intuir, o ordenamento jurídico não pode permitir que os lesados fiquem privados de qualquer tutela. Ora, um agente pode determinar o seu comportamento segundo um raciocínio económico em que compara os ganhos que obterá ao violar um direito de personalidade com o montante de indemnização que será condenado a pagar por ter cometido o ilícito e, caso chegue à conclusão de que os ganhos são superiores ao *quantum* indemnizatório, optará por escolher a violação da norma, uma vez que “o lucro compensa”. Devemos perspetivar o direito civil e a responsabilidade civil como os domínios adequados para fazer face a este problema ou, ao invés, reservaremos para o seu âmbito de relevância a solução da específica lesão ocorrida? Com isto é a própria responsabilidade civil que é questionada. A adequada resolução do problema requer, na verdade, que, *ab initio*, se percorram as finalidades do instituto, uma vez que, admitindo porventura um escopo preventivo e punitivo a este instituto, o lucro do agente poderia ser expurgado através da condenação do mesmo ao pagamento de danos punitivos ou de uma compensação punitiva<sup>5</sup>. Mas, se a resposta, quanto a tais finalidades, for negativa, então ficaremos legitimados a indagar se outros institutos civilísticos se mostram ou não aptos a cumprir o desiderato. Nesta medida, é todo o direito civil que surge problematizado: encontrar-se-á no seu seio a resposta para este problema? Ou, cumprindo ele um papel mais modesto, deve ser complementado com outros ramos do direito que oferecerão, por seu turno, uma visão mais punitiva e preventiva ao ordenamento jurídico?

Eis, pois, as linhas de tratamento do problema que elegemos como mote discursivo da nossa dissertação.

---

<sup>5</sup> Segundo Henrique Sousa Antunes a questão é resolvida no seio da função compensatória. Vd infra o desenvolvimento deste ponto.

## Capítulo I

### As Finalidades da Responsabilidade Civil

#### 1. Finalidades da Responsabilidade Civil

##### 1.3. Finalidade Ressarcitória da Responsabilidade Civil

Não existe unanimidade na doutrina no que respeita à determinação concreta de quais as finalidades prosseguidas pelo instituto da responsabilidade civil<sup>6</sup>. No entanto, parece haver consenso quanto ao reconhecimento de uma função ressarcitória do mesmo<sup>7</sup>.

Para nós, a responsabilidade civil desempenha, em primeira linha, uma função reparadora, centrada na noção de dano. Sem dano não há qualquer obrigação indemnizatória, pelo que este constitui um pressuposto da aplicação deste instituto<sup>8</sup> e também um limite do *quantum indemnizatório*<sup>9</sup>. O artigo 562º do Código Civil consagra esta ideia, através da chamada teoria da diferença, segundo a qual, e independentemente da imprestabilidade dela para resolver muitos dos problemas que a este nível se colocam, “quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”. Assim, a responsabilidade civil visa

---

<sup>6</sup> Sobre esta questão aprofundaremos infra.

<sup>7</sup> Neste sentido vd., p.e., Paulo Mota Pinto, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, Coimbra Editora, 2008, págs. 219 e 220; Manuel Gomes da Silva, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Vol I., Lisboa, 1944, págs. 242 e 243; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, Edições Almedina, 2017, pág. 419, e *Direito das Obrigações*, Vol. II, 1ª edição (reimpressão), Lisboa, Coimbra Editora, 1986, págs. 276 e 277; Manuel Carneiro da Frada, *Direito Civil – Responsabilidade Civil. O método do caso*, Almedina, 2006, pág. 64; Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 7ª edição (reimpressão), 2010, pág. 418; António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, 2003, pág. 63; Antunes Varela, *Rasgos Inovadores do Código Civil Português de 1966 em Matéria de Responsabilidade Civil*, in *Separata do Vol. XLVIII 1972 do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, págs. 18 e 19, e *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição (revista e atualizada), Almedina, 2015, pág. 542; Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12ª edição (3ª reimpressão) Almedina, 2014, pág. 521; Mafalda Miranda Barbosa, *Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil: Teleologia e Teleonomologia em Debate*, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXI, págs. 514 e ss, e *Lições de Responsabilidade Civil*, 1ª edição, Príncipeia, 2017, págs. 43 e ss; Henrique Sousa Antunes, *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual: a sua Legitimação pelo Dano*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, págs. 553 e 554; e Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 13ª edição, Almedina, 2016, págs. 253 e 254.

<sup>8</sup> Vd., p.e., os artigos 483º, 562º e 798º CC.

<sup>9</sup> Vd., p.e, Mafalda Miranda Barbosa, *Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil*, ob. cit., pág. 516.

tornar alguém *indemne*, sendo que o presente artigo reitera esta finalidade ressarcitória como finalidade primária da responsabilidade civil.

Mas os argumentos não se ficam por aqui. Por prosseguir uma finalidade essencialmente reparadora, este instituto não se aplica nos casos de tentativa frustrada, ao contrário do que acontece no direito penal, em que a tentativa pode ser punida segundo o disposto nos artigos 22º e 23º do Código Penal<sup>10</sup>. Para além disso, se o escopo da responsabilidade civil não fosse em primeira linha um escopo reparador, a obrigação de indemnizar não se transmitia por via sucessória. Ora, por se querer tornar o lesado *indemne* é que há a transmissão por via sucessória desta obrigação. Por último, a ação de indemnização não reveste carácter oficioso<sup>11</sup>.

Mafalda Miranda Barbosa<sup>12</sup> diz-nos que há autores que entendem que o carácter ressarcitório da responsabilidade civil é dissociável desta, por a determinação do *quantum* indemnizatório poder ser diferida para o âmbito da ação executiva. Mas, para além do que afirmámos no parágrafo anterior, este caso revela-se excepcional, não havendo qualquer obstáculo à sua solução no âmbito da ação declarativa<sup>13</sup>.

A responsabilidade civil centra-se em torno da noção de dano e a sua finalidade primária é uma finalidade ressarcitória. Mas será que este instituto desempenha outras funções a par da função ressarcitória ou funções a ela subordinadas?

---

<sup>10</sup> Lembremos que o escopo da responsabilidade criminal é diverso do escopo da responsabilidade civil. O primeiro não prossegue qualquer finalidade reparadora.

<sup>11</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Lições de Responsabilidade Civil*, ob. cit., págs. 44 e 45.

<sup>12</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Reflexões*, ob. cit., pág. 515.

<sup>13</sup> Pessoa Jorge, quanto às finalidades da responsabilidade civil, afirma que o problema tem de se formular de forma diferente em relação à responsabilidade civil conexa com a criminal. A responsabilidade civil conexa com a criminal exerce as funções ressarcitória e punitiva-preventiva, com primazia desta última, uma vez que na fixação da indemnização atendem-se a elementos que nada têm a ver com os prejuízos. Além do mais, a própria iniciativa de fixação da indemnização pode ser de natureza oficiosa (Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, reimpressão, Almedina, 1999, págs. 50 e ss.). No entanto, face aos atuais Código Penal (doravante CP) e Código Processo Penal (doravante CPP), esta posição não é defensável. De facto, o artigo 74º/1 CPP diz-nos que o pedido de indemnização é deduzido pelo lesado e o artigo 129º CP que a indemnização de perdas e danos emergentes de crime é regulada pela lei civil que, como vimos, regula a responsabilidade civil como um instituto com a finalidade ressarcitória em primeiro plano. Vd. também Mafalda Miranda Barbosa, *Reflexões*, ob. cit., pág. 516, nota 10; e *Lições de Responsabilidade Civil*, ob. cit., págs. 44 e 45, nota 68.

## 1.2. Finalidade Preventiva da Responsabilidade Civil

### 1.2.1. Finalidade Preventiva

Vários autores afirmam que a responsabilidade civil cumpre, também, uma finalidade preventiva. No entanto, é importante fazer uma ressalva. Os autores que defendem uma finalidade punitiva da responsabilidade civil entendem que lhe está subjacente uma finalidade preventiva, indissociável da punição. Como nos refere Júlio Gomes, “aceita-se hoje, em princípio, a importância da finalidade preventivo-punitiva da responsabilidade civil. Dizemos preventivo-punitiva porque, no fundo, a prevenção e punição são duas faces de uma mesma medalha”<sup>14</sup>. Porém, neste estudo, iremos tratar estas funções separadamente.

Para nós, a responsabilidade civil comporta sempre uma dimensão preventiva, dissociada da (eventual) função punitiva, e sempre acessória da função reparadora. Como vimos, a responsabilidade civil visa tornar alguém *indemne*. Se alguém violar culposamente o direito de outrem, irá impender sobre ele uma obrigação de indemnizar. Ora, recaindo sobre o agente a ameaça de uma determinada “sanção” caso viole direitos de outrem, este irá retrair-se da prática de certas condutas lesivas, adequando o seu comportamento de modo a não causar danos. Desta forma, e apesar de o escopo reparador estar sempre em primeiro plano, a responsabilidade civil cumpre acessoriamente uma finalidade preventiva, uma vez que poderá evitar que se adotem determinados comportamentos pela ameaça de uma sanção (obrigação de indemnização). A nosso ver, a função de prevenção nunca poderá autonomizar-se da função ressarcitória, ficando assim em causa a possibilidade da condenação em danos punitivos.

Contudo, o adequado esclarecimento deste ponto implica outro tipo de considerações. Na verdade, a finalidade preventiva que se invoca pode ser justificada por outro tipo de racionalidade, donde o cabal afastamento dela enquanto finalidade precípua e principal do instituto delitual envolverá a crítica ao pensamento da *Law and Economics*. É isso que se fará no ponto expositivo subsequente.

---

<sup>14</sup> Cfr. Júlio Gomes, *Uma Função Punitiva para a Responsabilidade Civil e uma Função Reparatória para a Responsabilidade Penal?*, in *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, Ano XV, (1989), pág. 106.



### 1.2.2. Finalidade preventiva segundo uma Análise Económica do Direito

Os autores que se inscrevem na *Law and Economics* mostram-se, na verdade, partidários de uma finalidade preventiva da responsabilidade civil. Iremos neste capítulo proceder a uma análise geral do pensamento desta corrente para concluirmos se a abordagem que realizam pode e deve proceder, pensamento que se caracteriza pela aplicação dos princípios próprios da economia aos mais variados problemas do Direito. Para tanto, partem do pressuposto de que os seres humanos reagem racionalmente a determinados estímulos e, face a eles, modelam os seus comportamentos. Ora, sendo a Lei um desses estímulos, uma qualquer alteração de uma regra de comportamentos originará uma determinada reação por parte de um sujeito<sup>15 16</sup>.

Nessa medida, a responsabilidade civil deve ser vista como um instituto apto para a prevenção de futuros comportamentos danosos. A sua finalidade primária deverá passar por uma finalidade preventiva que se autonomiza da dita finalidade ressarcitória. Deste modo, a responsabilidade civil cumpre-se na medida em que é apta para prevenir certos comportamentos, com a consequência de “a imposição de uma obrigação indemnizatória só ser legítima na medida em que garanta esse efeito dissuasor”<sup>17</sup>.

Pergunta-se então: se a finalidade preventiva é a pedra de toque deste sistema, relegando a finalidade ressarcitória para segundo plano, a obrigação indemnizatória existirá no caso de os agentes adotarem todos os comportamentos possíveis para evitar futuros eventos danosos?

Como diz Mafalda Miranda Barbosa, “a imposição de uma obrigação ressarcitória só deve ocorrer naqueles casos em que o sujeito actuou com culpa entendida como o dever

---

<sup>15</sup> Vd. Vasco Rodrigues, *Análise Económica do Direito: Uma Introdução*, Coimbra, Almedina, 2007, págs. 1 e ss.

<sup>16</sup> Cfr. Jorge Sinde Monteiro, *Análise Económica do Direito*, in *Separata do Vol. LVII (1981) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1982, pág. 1.

<sup>17</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *A Recusa de Conformação do Jurídico pelo Económico: Breves Considerações a propósito da Responsabilidade Civil*, in *Separata do Boletim de Ciências Económicas*, Vol. LVII, 2004, pág. 644. Vd. também Robert Cooter / Ugo Mattei / Pier Giuseppe Monateri / Roberto Pardolesi / Thomas Ulen, *Il Mercato Delle Regole: Analisi Economica del Diritto Civile*, il Mulino, Bologna, 1999, pág. 372: “Gli economisti vedono la responsabilità come un sistema di incentivi per tenere un comportamento efficiente. Un soggetto deve essere ritenuto responsabile se, e solo se, ciò crea incentivi per un comportamento efficiente”.

geral de diligência finalisticamente determinado a evitar a causação de um dano a alguém. Tendo em conta a relação entre a probabilidade de ocorrência do dano e o investimento na prevenção (...) se o risco supera o investimento, haverá culpa”<sup>18</sup>. Como veremos em páginas subsequentes, a Fórmula de Hand consubstancia um critério aferidor da imposição de uma obrigação indemnizatória. Este critério leva em conta o facto de quanto mais um sujeito investir na prevenção de um determinado comportamento, menor será a probabilidade de o dano ocorrer, o que irá influenciar a imposição da obrigação de indemnizar.

As questões versadas pela Análise Económica do Direito podem ser de dois tipos.

O primeiro grupo de questões tem como ponto de partida o facto de as pessoas serem influenciadas por um sistema de incentivos, uma vez que estes sistemas alteram os benefícios resultantes das escolhas que um determinado indivíduo opta por fazer. Neste sentido, se a lei proibir e punir a prática de um determinado comportamento, esse comportamento tornar-se-á menos atrativo numa análise custo-benefício, tendo aqui a lei um efeito dissuasor.

Se assim o é, a lei pode ser pensada como um sistema de incentivos e a análise deste sistema é uma das preocupações dos economistas, pelo que, o primeiro grupo de casos estudados pela Análise Económica do Direito está relacionado com uma “análise positiva do direito”. Os economistas respondem, assim, à pergunta de quais os efeitos de um determinado enquadramento jurídico<sup>19</sup>.

O segundo grupo de questões corresponde a uma análise normativa, que decorre das preocupações dos economistas com a eficiência. Um sistema de incentivos pode ser mais eficiente do que outro. Aqui, os economistas estudam quais os sistemas de incentivos mais eficientes e quais os menos eficientes. Respondem, assim, à questão de qual o enquadramento jurídico que deveria existir<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *A Recusa de Conformação*, ob. cit., pág. 526; Robert Cooter / Ugo Mattei / Pier Giuseppe Monateri / Roberto Pardolesi / Thomas Ulen, *Il Mercato*, ob. cit., pág. 374.

<sup>19</sup> Vd. Vasco Rodrigues, *Análise Económica do Direito*, ob. cit., pág. 34; e Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, pág. 1.

<sup>20</sup> Vd. Vasco Rodrigues, *Análise Económica do Direito*, ob. cit., pág. 34; e Steven Shavell, *Foundations of Economic*, ob. cit., pág. 1.

### 1.2.2.1. Comportamentos eficientes

Para os percursores de uma análise económica do direito, a eficiência é a pedra de toque de todo o sistema da responsabilidade civil, sistema que deve dar incentivos para um sujeito adotar comportamentos “eficientes”<sup>21</sup>.

Segundo Richard Posner, parte-se como pressuposto que um sujeito é um “rational utility maximizer” em todas as áreas da vida, não apenas na área económica<sup>22</sup>. Para o autor, hoje em dia, o conceito de “utilidade” já não é usado no sentido dado pela teoria do utilitarismo. No utilitarismo a “utilidade” era vista como “felicidade”, onde a sociedade tinha como fim maximizar a (média ou total) felicidade humana. Ao invés, na economia moderna, o objetivo a alcançar é a “eficiente alocação de recursos”. Para melhor ilustrar este conceito, Richard Posner fornece o seguinte exemplo: se A vende uma escultura em madeira a B por 100\$, existe uma eficiente alocação de recursos, uma vez que, não tendo efeitos negativos na sociedade, esta venda beneficiou ambas as partes<sup>23</sup>.

Neste ponto, entra o conceito de “Pareto-superior transaction”. Diz-se que se está perante uma “Pareto-superior transaction” quando uma transação coloca pelo menos uma pessoa numa situação melhor, sem prejudicar qualquer outra pessoa<sup>24</sup>. Chama-se melhoria de Pareto, uma vez que a situação resultante da alteração é *superior* à situação inicial ou *mais eficiente* do que essa situação. Dá-se o nome de Ótimo de Pareto (ou Pareto Eficiente) quando já não é possível atingir uma situação em que se aumente a utilidade de alguém sem prejudicar outrem<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Robert Cooter / Ugo Mattei / Pier Giuseppe Monateri / Roberto Pardolessi / Thomas Ulen, *Il Mercato*, ob. cit., pág. 379.

<sup>22</sup> Cfr. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 9º ed., Wolters Kluwer, 2014, pág. 4. Pelo contrário, vd., v.g., Vasco Rodrigues (*Análise Económica do Direito*, ob. cit., pág. 17) que afirma que “os agentes económicos «actuum de forma racional», não que os agentes económicos «são racionais»”.

Vd. também Steven Shavell, *Foundations of Economic*, ob. cit., pág. 1; e Donald G. Gifford, *Calabresi's The Costs of Accidents: a Generation of Impact on Law and Scholarship*, in *Maryland Law Review*, Vol. 64, Issue 1, 2005, pág. 2 e 3. O último autor contrapõe as diferentes abordagens da questão levadas a cabo por Richard Posner e Guido Calabresi.

<sup>23</sup> Vd. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, ob. cit., pág. 14.

<sup>24</sup> Cfr. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, ob. cit., pág. 14.

<sup>25</sup> Vd. Vasco Rodrigues, *Análise Económica do Direito*, ob. cit., págs. 26 e 27.

No entanto, sendo esta condição raramente encontrada na realidade (na maior parte das transações terceiros são afetados), encontramos um conceito menos rígido de eficiência, denominado Conceito de Kaldor-Hicks. Este conceito é também designado por “potential Pareto superiority”. Utilizando o exemplo anterior, imaginemos que A avalia a escultura em 50\$, enquanto que B a avalia por 120\$. Ora, qualquer preço de venda determinado entre estes dois valores cria um benefício total de 70\$. Mas esta transação só irá ser eficiente se, caso causar danos a terceiros, esse dano for menor que 70\$<sup>26</sup>. Assim, os economistas recorrem a um princípio de compensação, ou seja, se uma determinada situação beneficia uns e prejudica outros, mas em que há uma compensação que seria suficiente para que os prejudicados dessem o seu assentimento a essa situação, diz-se que há uma melhoria caso os que beneficiam da situação estivessem interessados em implementá-la, mesmo tendo de pagar aquela compensação aos lesados. Note-se que não se exige que os beneficiários compensem os prejudicados efetivamente (caso o fizessem estaríamos numa situação de Ótimo de Pareto). Exige-se sim que estivessem dispostos a fazê-lo<sup>27</sup>. Pelo que, “face a uma determinada alteração, deveríamos proceder da seguinte forma: estimar o montante que cada pessoa potencialmente beneficiada pela alteração estaria disposta a pagar para obter o correspondente benefício; estimar o montante que cada pessoa prejudicada pela alteração estaria disposta a pagar para não ter que suportar esse sacrifício; depois, comparar o total de benefícios com o total de custos; se o primeiro exceder o segundo, a alteração proposta é uma *melhoria* e deve ser concretizada. Dito de outra forma: uma melhoria é uma alteração que gera mais benefícios do que custos. Uma situação em que não possa ser introduzida qualquer melhoria diz-se *eficiente*”<sup>28 29</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, ob. cit., págs. 14 e 15.

<sup>27</sup> Vd. Vasco Rodrigues, *Análise Económica do Direito*, ob. cit., págs. 28 e 39.

<sup>28</sup> Cfr. Vasco Rodrigues, *Análise Económica do Direito*, ob. cit., pág. 29.

<sup>29</sup> Outro exemplo é fornecido por Vasco Rodrigues: “Na noite de 3 para 4 de Junho de 2006, a Fundação de Serralves realizou nos seus jardins um concerto que prolongou até ao dia raiar. As centenas de metros que separam a minha casa dos ditos jardins foram insuficientes para me permitir dormir. Se quem autorizou esta malfadada iniciativa se tivesse baseado no critério de Pareto, o concerto não se teria realizado. A sua realização não é uma melhoria de Pareto: proporciona benefícios a alguns mas, pelo menos, prejudica-me a mim. Mas este exemplo ilustra bem as limitações do critério do Pareto. Se eu me dirigisse às autoridades para tentar impedir a realização do concerto já autorizado e estas se baseassem naquele critério, não deveriam dar provimento ao meu pedido: impedir o concerto proporciona-me benefícios a mim mas prejudica aqueles que o pretendessem ouvir. O critério de Kaldor-Hicks é menos ambíguo. De acordo com este critério, as autoridades deveriam procurar quantificar quanto é que os frequentadores do concerto estariam dispostos a pagar para a ele assistir e quanto é que eu e os restantes prejudicados pelo concerto

Porém, Posner alerta para o facto de a distribuição de riqueza<sup>30</sup> na sociedade colocar em causa os fundamentos de um sistema orientado para o “Pareto superiority” e “potential Pareto superiority”. Imaginemos, no mesmo exemplo, que A avalia o bem pelo preço de 50\$ e o B por 120\$, não porque o A gosta menos de escultura do que B, mas porque A vive em grandes dificuldades económicas e precisa do dinheiro para subsistir, e B, não porque é apaixonado por esculturas, mas sim porque quer aumentar a sua enorme coleção. Apesar de não serem incompatíveis com os conceitos económicos referenciados, a distribuição de riqueza afeta os fundamentos destes sistemas<sup>31</sup>.

#### 1.2.2.2. Posições divergentes

A Análise Económica do Direito não constitui uma ideia uniforme entre os seus vários percussores. Basta atentarmos nas diferenças entre os pensamentos de Guido Calabresi e Richard Posner.

##### a) Guido Calabresi

Guido Calabresi foi um dos fundadores da corrente do pensamento jurídico denominada Análise Económica do Direito<sup>32</sup>. Em 1970 publicou um livro intitulado *The Costs of Accidents*, livro esse que, ainda hoje, é inevitavelmente citado em qualquer estudo sobre o assunto. *The Costs of Accidents* foi um dos intentos mais rigorosos do século XX para confrontar as finalidades que os vários autores afirmavam que as normas jurídicas prosseguiam.

---

estariamos dispostos a pagar para não ter que o suportar. Se o primeiro montante fosse maior do que o segundo, o concerto deveria ser autorizado. Caso contrário, não o deveria ser”. Cfr. Vasco Rodrigues, *Análise Económica do Direito*, ob. cit., pág. 30.

<sup>30</sup> Nas palavras do autor, “«wealth» as used by economists is not an accounting concept; it is measured by what people «would» pay for things or demand in exchange for giving up things they possess, not by what they «do» pay for them”. Cfr. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, ob. cit., pág. 16.

<sup>31</sup> Para um maior desenvolvimento sobre as consequências de uma inadequada distribuição de riqueza na teoria de Ótimo de Pareto e Conceito de Kaldor-Ricks, vd. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, ob. cit., págs. 15 e ss.

<sup>32</sup> Vd. Guido Calabresi, *El Coste de los Accidentes – Análisis Económico y Jurídico de la Responsabilidad Civil* (traducción y prólogo de Joaquim Bisbal), Ariel Derecho, Barcelona, 1984, pág. 11; e Jules Coleman, *The Costs of The Costs of Accidents*, in *Maryland Law Review*, Vol. 64, Issue 1, 2005, pág. 337.

Neste seu estudo, o autor percorre o instituto da responsabilidade civil e descortina-lhe duas finalidades<sup>33</sup>. Em primeiro lugar, o sistema da responsabilidade civil deve ser justo. Em segundo lugar, este sistema deve reduzir os custos dos acidentes. Deste modo, Calabresi desde o início afirma que se um sistema centrado na redução dos custos dos acidentes for visto como injusto, mesmo que segundo os critérios de eficiência seja a melhor solução, será considerado total ou parcialmente inaceitável<sup>34</sup>.

No entanto, apesar da necessidade de um sistema justo, a função principal da Accident Law passa pela redução do montante dos custos dos acidentes e dos custos de os evitar<sup>35</sup>.

A finalidade de reduzir o custo dos acidentes compreende 3 sub-finalidades: redução dos custos primários, dos custos secundários e dos custos terciários<sup>36</sup>.

A redução dos custos primários diz respeito à redução do número e da gravidade dos acidentes. Pode atingir-se esta sub-finalidade proibindo atos específicos ou atividades que consideremos que propendem para a causação de acidentes, ou limitando o exercício dessas mesmas atividades, tornando-as menos atrativas.

A redução dos custos secundários não afeta o número nem a gravidade dos acidentes, mas sim os custos sociais deles derivados. Esta sub-finalidade da redução dos custos dos acidentes está relacionada com o modo de compensação da vítima. Apesar de denominada como “custo secundário”, não há dúvida que esta sub-finalidade é crucial e que os custos sociais dos acidentes podem ser reduzidos tão significativamente como através das medidas (primárias) de proibição do exercício de uma determinada atividade. Esta sub-finalidade é “secundária” no sentido em que só vem à colação após as medidas primárias de redução dos acidentes falharem.

---

<sup>33</sup> Guido Calabresi utiliza o vocábulo “goal” na aceção de “broadest aims of accident law (justice and cost reduction)” e “subgoal” como “particular categories of the broad goals”. Iremos nestas páginas utilizar o conceito de “finalidade” como sinónimo de “goal” e “sub-finalidade” como sinónimo de “subgoal”.

Cfr. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven and London, Yale University Press, 1970, pág. 16.

<sup>34</sup> Cfr. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, ob. cit., págs. 24 a 26.

<sup>35</sup> Cfr. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, ob. cit., pág. 26.

<sup>36</sup> Vd. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, ob. cit., págs. 26 e ss.

Por fim, a redução dos custos terciários refere-se à diminuição dos custos de administração do sistema. Nesta sub-finalidade, que visa a redução dos custos primários e secundários, a eficiência é a palavra de ordem. Ora, o objetivo de redução dos custos terciários obriga a ponderar se uma tentativa de diminuir os primários e secundários é mais onerosa do que os benefícios que essa diminuição produz<sup>37</sup>.

Porém, Guido Calabresi alerta que “these subgoals are not fully consistent with each other. For instance, a perfect system of secondary cost reduction is inconsistent with the goals of reducing primary accident cost. We cannot have more than a certain amount of reduction in one category without forgoing some of the reduction in the other, just as we cannot reduce all accident cost beyond a certain point without incurring costs in *achieving* the reduction that are greater than the reduction is worth<sup>38</sup>”. O objetivo do autor é encontrar a melhor combinação possível entre estas três sub-finalidades.

Neste quadro, existem dois métodos para reduzir os custos primários dos acidentes: o método da prevenção geral e o método da prevenção específica<sup>39</sup>.

A prevenção geral (ou prevenção de mercado) consiste em determinar os custos dos acidentes que certas atividades podem causar e, determinados os custos, o mercado define o grau e a forma que essas atividades se irão desenvolver em função deles. Desta forma, os sujeitos são livres de escolher entre desenrolar a atividade, pagando os custos subjacentes (incluindo os custos dos acidentes) ou escolher uma atividade mais segura, apesar de menos desejável.

A prevenção específica (ou abordagem coletiva) consiste em decidir coletivamente, através de um processo político, o grau de atividade que se deseja, quem nela deve participar e como é que se irá desenrolar, através de proibições ou limitações. Este critério poderá ou não fundar-se apenas nos custos dos acidentes que essa atividade

---

<sup>37</sup> Guido Calabresi afirma que “these, then, are the principal subgoals into which the goal of accident cost reduction can be divided – primary accident cost reduction, which includes the general deterrence or market method and the specific deterrence or collective method; secondary accident cost reduction, which includes the risk spreading and the deep pocket methods; and the tertiary or efficiency cost reduction”. Cfr. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, ob. cit., págs. 28 e 29. Nas páginas subsequentes analisaremos estes métodos.

Vd. também Jules Coleman, *The Costs of The Costs of Accidents*, ob. cit., pág. 340.

<sup>38</sup> Cfr. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, ob. cit., pág. 29.

<sup>39</sup> Cfr. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, ob. cit., págs. 68, 69, 95 e 96.

irá produzir. Estas decisões coletivas são reforçadas com sanções para quem não as cumprir.

A prevenção geral assenta no princípio de que ninguém melhor que si mesmo pode saber aquilo que mais lhe convém. Se as pessoas querem televisões, a sociedade deve produzir televisões. Assim, a função dos preços consiste em refletir os custos sociais da produção de tais bens. O mesmo funciona para o custo dos acidentes. Se as atividades refletirem os custos dos acidentes que causam, os sujeitos podem decidir por si só quando é que uma atividade é atrativa<sup>40</sup>. Para reduzir estes custos a prevenção geral pode atuar de duas formas: criando estímulos para que as pessoas se ocupem de atividades mais seguras ou incentivar a que as atividades sejam mais seguras<sup>41</sup>.

A prevenção específica adota diversas formas. Pode atuar proibindo diretamente certos atos ou atividades, através de uma decisão coletiva, mas também pode atuar em muitas situações em que não proíbe a prática de determinadas atividades. Este tipo de prevenção assenta em cinco ideias fundamentais: 1) os sujeitos desconhecem aquilo que mais lhe convém (antítese da prevenção geral); 2) os acidentes envolvem custos não monetários; 3) numa decisão política, além de preocupações com os custos dos acidentes, devem considerar-se conceitos de ordem moral; 4) necessidade de tomar decisões coletivas pelas limitações da teoria da alocação de recursos (face a situações de monopólio e desemprego, por exemplo); e 5) a prevenção geral não consegue influenciar eficazmente certos tipos de atos, pelo que a prevenção especial é necessária<sup>42 43</sup>.

A remoção dos custos secundários pode ser realizada através do método de fracionamento dos danos e da variante “deep pocket”.

---

<sup>40</sup> Tomemos o seguinte exemplo: imaginemos que um indivíduo possui um automóvel e quer adquirir um outro em segunda mão. O automóvel irá custar-lhe 200 euros por ano mais o seguro anual que é também de 200 euros. Por outro lado, caso não o adquira, as despesas de transportes públicos (autocarro, táxi, metro e comboio) iriam cifrar-se em 250 euros anuais. Neste caso o indivíduo não iria comprar o automóvel. Numa situação inversa, caso o seguro fosse garantido pelo Estado (pagamento obrigatório de impostos), os 200 euros por ano que teria de desembolsar com o carro compensariam os 250 que teria de pagar com os transportes públicos. Neste caso, o indivíduo adquiriria o automóvel.

Cfr. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, ob. cit., págs. 70 e 71.

<sup>41</sup> Cfr. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, ob. cit., págs. 73 e ss.

<sup>42</sup> Para mais desenvolvimentos sobre estes “major bases”, vd. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, ob. cit., págs. 96 e ss.

<sup>43</sup> Sobre os métodos puros de prevenção geral e prevenção específica e respetivas limitações, vd. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, ob. cit., págs. 135 e ss.



O argumento que mais se utiliza para defesa do método do fracionamento dos danos diz respeito ao facto de as perdas se suportarem melhor se se fracionarem entre um grande número de indivíduos. É mais provável que se produza um transtorno económico se uma pessoa é despojada de grandes somas de dinheiro do que muitas pessoas serem despojadas de pequenas somas<sup>44</sup>.

A remoção dos custos secundários pelo fracionamento dos danos tem uma variante que se chama “deep pocket”. Segundo esta variante, o custo secundário dos acidentes poderia reduzir-se se se imputassem os danos aos grupos sociais que estão numa melhor posição para se protegerem das consequências sociais e económicas que derivam do suporte destes custos. Tem-se aqui presente a ideia da utilidade marginal do dinheiro, utilidade essa que é menor para as pessoas mais abastadas, ou seja, a melhor solução passa por retirar dinheiro a um rico ao invés do que a um pobre. Inversamente, existem também sistemas de indemnização que favorecem mais as vítimas ricas do que as pobres. Em caso de incapacidade absoluta, um indivíduo que ganhe 1.000.000€ anuais pode receber uma indemnização superior aos que ganhem rendimentos de 500.000€. Reconhecer o *status* social da vítima é o objetivo mais importante. Caso não se aceite a teoria marginal do dinheiro seria mais fácil reconhecer este último sistema. Por fim, pode também adotar-se um sistema intermédio de compromisso entre os dois já mencionados<sup>45</sup>.

Porém, Calabresi deixa sempre patente uma questão. Por muito perfeito que seja um sistema que reduza os custos secundários, este pode ser totalmente inaceitável se só realiza uma ténue redução dos custos primários<sup>46</sup>.

Guido Calabresi, ao longo da sua, obra analisa o sistema da responsabilidade por culpa, debruçando-se sobre se este cumpre os objetivos da Accident Law de um modo satisfatório<sup>47</sup>.

O autor afirma que existe um apego abstrato ao sistema de responsabilidade por culpa, relacionado com termos de justiça. No entanto, muitos sistemas acarretam

---

<sup>44</sup> Vd. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, ob. cit., pág. 39.

<sup>45</sup> Vd.. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, ob. cit., págs. 40 e ss. Quanto aos vários sistemas de fracionamento de danos na nossa sociedade e respetivas críticas vd. também págs. 46 e ss.

<sup>46</sup> Vd. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, ob. cit., pág. 44.

<sup>47</sup> Para mais desenvolvimentos, vd. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, ob. cit., págs. 244 a 308.

conotações morais que subsistem apesar de as razões que as justificavam terem desaparecido. É o que acontece no caso da responsabilidade por culpa e este motivo explica o porquê de uma pessoa querer abandonar o critério da culpa em casos individuais, mas continuar ligado ao sistema da responsabilidade por culpa em abstrato. Este apego é ainda reforçado pelo facto de as mudanças representarem perigos para interesses pessoais (muitos advogados enriquecem por conta das ineficiências do sistema) e pelo facto de muitos dos sistemas sugeridos serem menos efetivos do que o de responsabilidade por culpa para alcançar determinadas finalidades. Os defensores do sistema da responsabilidade por culpa argumentam que um qualquer outro sistema alternativo, apesar de poder cumprir melhor uma dada finalidade, é menos adequado do que a responsabilidade por culpa para o cumprimento de outra<sup>48</sup>.

Por estas razões, Calabresi não pretendeu sugerir um sistema para substituir o sistema da responsabilidade por culpa. O que o autor tentou demonstrar foi que um sistema misto é mais adequado para reduzir as finalidades que se pretendem do que um sistema baseado na responsabilidade por culpa e fá-lo de acordo com um sentido de justiça<sup>49</sup>. Um sistema misto pode, assim, assentar numa ideia de alocação dos custos dos acidentes àquelas categorias de atividades que os conseguem evitar a um preço mais baixo, categorias essas suficientemente amplas para prosseguir o fim da redução dos custos secundários. Isto pode ser realizado, por exemplo, concedendo subsídios àquelas categorias que queiramos encorajar. “The degree of collective as against market control, just like the degree of primary as against secondary cost avoidance, could be varied for each área of accidents<sup>50</sup>. Calabresi mostra que existem uma diversidade de sistemas que são aptos para prosseguir todos os fins exceto o desejo de não alterar o status quo, ficando erradamente adstrito ao sistema da responsabilidade por culpa.

Outro dos objetivos da obra de Calabresi é o de indicar as questões que podem ajudar a decidir a preferência de um sistema em relação a outro. Algumas dessas questões implicam escolhas políticas e não têm uma resposta clara, mas isso não significa que não

---

<sup>48</sup> Vd. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, ob. cit., págs. 311 e ss. Nos próximos parágrafos seguiremos a sequência do pensamento do autor plasmado nas páginas indicadas.

<sup>49</sup> Cfr.. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, ob. cit., pág. 312.

<sup>50</sup> Cfr.. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, ob. cit., pág. 312.

se possa mudar o sistema da responsabilidade por culpa até estarem respondidas. “The system is so ineffective that even if we cannot choose with total certainty among possible substitutes we can certainly do better than we are doing now. We can do better, that is, with regard to every goal of accident law except the goal of retaining the status quo”<sup>51</sup>.

O autor finaliza a sua obra afirmando que “the fault system may remain nominally untouched as this war is fought, but is already clear that the important allocations of accidents losses will not be made in accordance with its criteria”<sup>52 53</sup>.

#### b) Richard Posner

A par de Guido Calabresi, Richard Posner muito contribuiu para o florescer da Análise Económica do Direito. Na década de 70, Posner rapidamente tornou-se a figura da “nova” Análise Económica do Direito. Durante os seus estudos Posner “urged wealth maximization as a goal of legal and social policy”<sup>54</sup>. “The economist is interested in how to prevent future accidents that are not cost justified and thus in reducing the sum of accident and accident-prevention costs”<sup>55</sup>.

Como dissemos anteriormente<sup>56</sup>, Richard Posner afirma que o objetivo social mais importante das “modern economics” é uma eficiente alocação de recursos. Para isso, é premente a “wealth maximization”<sup>57</sup>. Ora, para muitas das pessoas que não são economistas, o conceito de “wealth” significa dinheiro. No entanto, para um economista, estes conceitos não são equivalentes. Pelo contrário, “riqueza” refere-se à ponderação de

---

<sup>51</sup> Cfr. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, ob. cit., pág. 316.

<sup>52</sup> Cfr. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, ob. cit., pág. 318.

<sup>53</sup> Merritt Lane Jr. afirma que o Livro *Costs of Accidents* deveria antes ter sido intitulado “The Present Fault System Must Go!”. Cfr. Merritt Lane Jr., Recensão a Guido Calabresi, *The Costs of Accidents de*, in *American Bar Association Journal*, Vol. 56, September 1970, pág. 883.

<sup>54</sup> Richard Posner, *The Economic Structure of the Law: The Collected Economic Essays of Richard A. Posner* (edited by Francesco Parisi), Economists of the Twentieth Century, Vol. I, Edward Elgar, 2000, págs. ix e x.

<sup>55</sup> Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, ob. Cit., pág. 32.

<sup>56</sup> Vd. ponto 1.2.2.1.

<sup>57</sup> Sobre o conceito, cfr. Richard Posner, *The Justice of Economics*, in *The Economic Structure of the Law: The Collected Economic Essays of Richard A. Posner* (edited by Francesco Parisi), Economists of the Twentieth Century, Vol. I, Edward Elgar, 2000, pág. 129.

interesses (“weighting preferences”) das coisas que as pessoas querem<sup>58</sup>. Assim, se uma pessoa não está disposta a ceder a sua casa voluntariamente por um valor inferior a 100.000\$ e ninguém está disposto a pagar mais de 90.000\$ por ela, a riqueza social (“society’s wealth”) é 10.000\$ superior à que seria se a casa me fosse retirada e entregue a uma pessoa que apenas pague 90.000\$ por ela. Imaginemos agora que alguém pretende comprar um automóvel, estando disposto a pagar 10.000\$ por ele, e que o atual proprietário o venderia por 5.000\$. A riqueza social seria incrementada se o carro fosse vendido por qualquer valor entre 5.000\$ e 10.000\$ (ignorando os custos relacionados com a venda). Suponhamos que o preço estipulado seria de 7.500\$. Neste caso, o comprador terá um ganho de 2500\$ mais um carro no valor de 10.000\$, tendo por isso um total de riqueza de 12.500\$ e o vendedor um total de 7.500\$ (dinheiro proveniente da venda), perfazendo uma riqueza combinada de 20.000\$, ao invés do que aconteceria no exemplo anterior onde a riqueza combinada seria apenas de 15.000\$<sup>59</sup>.

Em 1972, Richard Posner publica um primeiro estudo sobre a negligência intitulado “A Theory of Negligence”, onde tenta formular uma teoria que explique a função social da responsabilidade civil por atos negligentes através da análise de diversas decisões judiciais proferidas entre 1875 e 1905. Estas decisões judiciais respeitantes a acidentes provêm dos Appellate Courts (state or federal, final or intermediate), sendo que todas as informações recolhidas foram classificadas em tabelas. Ao invés de seguir as abordagens tradicionais de análise de leading-cases, com esta amostra, Richard Posner esperou obter uma visão representativa do funcionamento do sistema de responsabilidade por negligência<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Cfr. Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, in *The Economic Structure of the Law: The Collected Economic Essays of Richard A. Posner* (edited by Francesco Parisi), Economists of the Twentieth Century, Vol. I, Edward Elgar, 2000, págs. 191 e 192.

<sup>59</sup> Cfr. Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, in *The Economic Structure of the Law: The Collected Economic Essays of Richard A. Posner* (edited by Francesco Parisi), Economists of the Twentieth Century, Vol. I, Edward Elgar, 2000, pág. 192. O autor afirma que “wealth” is not limited to market commodities such as houses and cars. As a matter of fact, the value of houses and cars is not always reducible to market value. The house I value at \$100,000 might not be value at more than \$90,000 by anyone else because it has sentimental associations for me, and likewise with the car. In this case, the real value would exceed market value” (pág. 192).

<sup>60</sup> Cfr. Richard Posner, *A Theory of Negligence*, in *The Journal of Legal Studies*, Vol. 1, nº 1, Jan., 1972, págs. 29, 34 e 35.

No início do seu estudo, o autor distingue duas categorias de acidentes: acidentes entre terceiros e acidentes entre partes contratuais. A categoria que ora nos interessa é a primeira, pelo que seguimos analisando-a. A função da responsabilidade por negligência é evidente no caso de acidentes casuais com terceiros. Quando os custos de transação são elevados, um mercado não regulamentado não irá trazer um nível ótimo entre acidentes e segurança. Mais de 90 por cento dos casos desta categoria envolvem tipos de acidentes onde os custos de transação são provavelmente muito altos. É então irreal esperar muitas negociações entre as partes envolvidas, pelo que a função económica da responsabilidade é manifesta: "it is to bring about the level of accidents and safety that the market would bring about if transactions were fesaible - the efficient level"<sup>61</sup>.

Olhando agora para a função social da responsabilidade civil por negligência, no ponto de vista do autor a conhecida fórmula de Hand do padrão de negligência tem um papel determinante. O juiz Learned Hand afirmava que, num caso de negligência, um juiz devia mensurar três dados: "the magnitude of the loss if an accident occurs; the probability of the accident's occurring; and the burden taking precautions that would avert it. If the product of the first two terms exceeds the burden of precautions, the failure to take those precautions is negligence"<sup>62</sup>. Isto é, o lesante é responsável se B (custo das precauções) for menor do que o produto entre P (probabilidade do dano ocorrer) e L (dano):  $B < PL$ .

Tomemos agora um exemplo fornecido por Richard Posner. Imaginemos que existe um perigo de perder um dedo num acidente de automóvel e o meio menos dispendioso de evitar o acidente é o outro condutor conduzir mais devagar. Suponhamos que, para o transeunte, "PL" tem um valor de 10\$ ("P" é igual a 0,001 e "L" é igual a 10.000\$) e que o custo de o condutor conduzir mais devagar é de 8\$ ( $PL = 8$ ). Os critérios

---

<sup>61</sup> Cfr. Richard Posner, *A Theory of Negligence*, ob. cit., págs. 36 e 37.

<sup>62</sup> Cfr. Richard Posner, *A Theory of Negligence*, ob. cit., pág. 32. O autor diz-nos que "although the [Hand's] formulation postdates [this period], it never purported to be original but was an attempt to make explicit the standard that the courts had long applied".

Cfr. Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, ob. cit., pág. 194, onde o autor também afirma que "although the Hand Formula is relatively recent, the method it capsulizes has been used to determine negligence ever since negligence was first used as a standard of liability in accident cases".

Em William M. Landes / Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, 1987, págs. 85 e 86, também se afirma que "Hand (...) make explicit what had long been the implicit meaning of negligence. (...) In fact something like the Hand formula has long been used to decide negligence cases".

de eficiência mandam o condutor conduzir mais devagar. No entanto, como os "transaction costs" com as potenciais vítimas são proibitivos, o condutor nada irá fazer se o sistema legal não o tornar responsável se um acidente ocorrer. Ora, se o sistema legal intervir, chamando-o a responder, o condutor terá um custo esperado de 10\$. Deste modo, haverá um incentivo para o condutor investir 8\$ em precaução, reduzindo o custo de julgamento esperado para 0\$, uma vez que assim não irá ser responsabilizado<sup>63</sup>.

Se o custo da adoção de medidas preventivas que promovam a segurança de uma atividade exceder o benefício da prevenção dos acidentes que essa atividade poderá provocar, a sociedade ganhará, em termos económicos, se renunciar a essa prevenção. Deste modo, se houver alguma regra que responsabilize uma empresa pelos acidentes que ocorrem nesses casos essa regra não poderá ser justificada com o fundamento que induzirá a empresa a adotar medidas que previnam os acidentes da atividade. Ora, quando o custo dos acidentes é menor do que o custo da prevenção, uma empresa racional que maximiza o lucro pagará compensações às vítimas dos acidentes, ao invés de incorrer em custos maiores na prevenção dos acidentes que originam situações de responsabilidade. Além disso, neste caso, se a empresa investisse em prevenção, o valor económico global ou o bem-estar social seriam diminuídos, em vez de aumentados. Inversamente, ou seja, se os benefícios da prevenção de acidentes excederem os custos da sua prevenção, a sociedade ganhará se esses custos forem incorridos.

No que concerne à prevenção de acidentes pela vítima, se o acidente pode ser prevenido com a instalação de equipamentos a um custo menor pela vítima do que por qualquer meio a desenvolver pelo lesante, seria ineficiente adotar uma regra de responsabilidade que colocasse o ónus da prevenção no lesante. Embora não seja uma parte explícita na Fórmula de Hand, essa qualificação está implícita na administração da padrão de negligência<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Cfr. Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, ob. cit., págs. 191 e 192.

<sup>64</sup> Cfr. Richard Posner, *A Theory of Negligence*, ob. cit., págs. 32 e 33.

Posner afirma que “perhaps, then, the dominant function of the fault system is to generate rules of liability that if followed will bring about, at least approximately, the efficient – the cost-justified – level of accidents and safety”<sup>65</sup>.

Mas temos de ter em conta um outro dado. A precaução realizada com um menor custo é mais eficiente. Muitos acidentes podem ser prevenidos pelas possíveis vítimas por um custo menor do que os condutores, pelo que a lei deve ter cuidado para não desincentivar as potenciais vítimas a tomar precauções (tornando, por exemplo, responsáveis apenas os condutores). Suponhamos que os custos previstos de um eventual acidente tinham um valor de 1000\$ e que poderiam ser evitados pelo lesante por 100\$ ou pelo lesado por 50\$. Se o lesante for responsabilizado, o lesado não terá qualquer incentivo a tomar medidas de precaução, uma vez que irá ser totalmente ressarcido pelos danos que lhe sejam causados. Neste caso, a solução eficiente é tornar o lesado responsável, impedindo-o de ser ressarcido pelo lesante<sup>66</sup>.

A solução tradicional da Common Law passa pelo conceito de “contributory negligence”, ou seja, depois do tribunal ter assente que o lesante é responsável (caso contrário encerrar-se-ia o processo), deve questionar-se se o lesado foi negligente e se o acidente poderia ser evitado se ele não o tivesse sido. Se a resposta for afirmativa, o lesado será responsável. Este conceito funciona no exemplo acima indicado, mas suponhamos que, neste mesmo exemplo, os custos do acidente poderiam, ao invés, ser prevenidos pelo lesado por um valor de 100\$ e pelo lesante apenas por 50\$. Deste modo, parece que o lesante seria considerado negligente, mas que o lesado seria “contributoraly negligent” e, conseqüentemente, iria perder a causa, não tendo o lesante qualquer incentivo para adotar precauções, mesmo que essa seja a solução mais eficiente. Não é assim, uma vez que a lei define “due care” “as the care that is optimal *if the other party is exercising due care*”<sup>67</sup>. No nosso exemplo, se o réu exercer todos os cuidados, o lesado não terá qualquer incentivo a adotar comportamentos de prevenção, uma vez que sabe que o réu gastará 50\$ e que o acidente será evitado num custo menor. O tribunal não irá aderir ao argumento do Réu de que se o demandante não fosse negligente, o cuidado ótimo do lesante seria 0\$ e não teria

---

<sup>65</sup> Cfr. Richard Posner, *A Theory of Negligence*, ob. cit., pág. 33 (vd. também pág. 73).

<sup>66</sup> Vd. Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, ob. cit., págs. 198.

<sup>67</sup> Cfr.. Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, ob. cit., pág. 198.

de indemnizar. Se assim fosse, o Réu não iria ter gastos com a prevenção e o acidente seria evitado com custos muito superiores: 100\$ ao invés de 50\$<sup>68</sup>.

Os exemplos que atentámos pressupõem que a solução eficiente passa por apenas uma das partes tomar precauções. No entanto, em muitos casos, a solução mais eficiente passa por ambas as partes adotarem medidas de prevenção. Imaginemos que uma ferrovia não tomando nenhuma medida de precaução, causa um prejuízo esperado de 150\$ nas plantações de um agricultor, mas todo o dano poderá ser evitado se este nada plantar junto da ferrovia, tendo um custo de 100\$. Todavia, se a ferrovia tomar precauções por um preço de 50\$, comprando um aparelho apto a deter as faíscas, e se o agricultor mantiver um espaço entre as plantações e a ferrovia, custando-lhe 5\$ na sua produção, é mais eficiente. No entanto, se a fórmula de Hand for aplicada ao agricultor sem se assumir que a outra parte também adota medidas de prevenção, o agricultor será considerado negligente e, portanto, será levado a afastar as suas plantações da ferrovia, mas a um custo de 45\$ a mais do que o necessário. Se, ao invés, o agricultor for obrigado a se proteger apenas contra os acidentes que não seriam prevenidos pela ferrovia tomando as medidas ótimas de prevenção, neste exemplo, aquele só manterá um pequeno espaço entre as plantações, com um custo de 5\$<sup>69 70</sup>.

Para além da responsabilidade por negligência, podemos conceber a “strict liability”<sup>71</sup>. Strict tort liability significa que quem causa um acidente é responsável pelos danos que causa, mesmo que o lesante não pudesse evitar o acidente através do exercício de “due care”. Ao contrário da responsabilidade por negligência em que o lesante pode evitar a responsabilidade não sendo negligente, se estivermos perante strict liability, o lesante não pode evitar a responsabilidade mesmo que não seja considerado negligente.

---

<sup>68</sup> Vd. Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, ob. cit., pág. 198.

<sup>69</sup> William M. Landes / Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, ob. cit., págs. 88 e 89.

<sup>70</sup> Richard Posner afirma que “The common law rule of contributory negligence was allocatively efficient and cheap to administer. The modern trend is toward replacing contributory with comparative negligence. Comparative negligence is allocatively efficient, too, but no more so than contributory negligence, and it costs more to administer. The additional administrative costs generate no social benefit. The trend, therefore, is inefficient. Cfr. William M. Landes / Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, ob. cit., pág. 27 (cfr., também, págs. 28 e 80 a 82). Vd. também do mesmo autor sobre o conceito “comparative negligence”: *Economic Analysis of Law*, ob. cit., págs. 200 e ss.

<sup>71</sup> Vd. Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, ob. cit., págs. 205 e ss. Vd. também William M. Landes / Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, ob. cit., págs. 62 e ss.



Tendo por base a fórmula de Hand, se B for menor que PL, o potencial lesante irá tomar precauções para evitar o acidente, assim como o sistema de responsabilidade por negligência. No entanto, se B for maior que PL, o potencial lesante não terá qualquer incentivo a tomar precauções, uma vez que, se ocorrer o acidente, será sempre responsável. E daqui decorre outro problema. Retomando o último exemplo, imaginemos que o custo de evitar o acidente para a ferrovia era maior que 150\$ (PL = 150\$) e que o agricultor para o evitar tinha de despende apenas 50\$. O potencial lesante, como se disse, não iria tomar precauções, mas a potencial vítima também não teria nenhum incentivo para o fazer, porque além de não ser considerada a “contributory negligence”, a ferrovia seria do mesmo modo responsável. Posner afirma que “only when a class of activities can be identified in which activity-level changes by potential injurers ate the most efficient method of accident prevention is there a compelling argument for imposing strict liability. Conversely, in a class of activities in which activity-level changes by potential victims ate the most efficient method, there is a strong argument for a rule of no liability”<sup>72</sup>.

Como se pode verificar, Richard Posner vira-se para o momento da decisão judicativa. No momento de decisão, o autor afirma que não deixa de estar sempre presente uma finalidade preventiva, subjacente à eficiente alocação de recursos e da maximização da “society’s wealth”.

Centremo-nos agora em alguns exemplos fornecidos pelo autor juntamente com William Landes.

No sistema onde Posner e Landes se inserem, uma distinção que se afigura determinante é a que respeita aos property rights e às liability rules.

Segundo Posner e Landes, “a property right is an exclusive right to the use, control and enjoyment of some resource – that is, a right to exclude anyone else in the world from using the resource without the consent of the owner of the right, irrespective of any argument that the general welfare, whether defined in economic or any other terms, would be increased by transferring the right to someone else”<sup>73</sup>. Se A tem um property

---

<sup>72</sup> Cfr. Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, ob. cit., págs. 207.

<sup>73</sup> Cfr. William M. Landes / Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, ob. cit., pág.

right de um carro, B não pode levar o carro, com ou sem compensação, convencendo o tribunal que o carro vale mais para ele (ou para a sociedade) do que para A. B terá de persuadir A a vender-lhe o carro. Por outro lado, “a liability rule creates a right not to exclude another from using a resource but only to claim damages for certain injuries to the resource”<sup>74</sup>. Um pedestre não tem o direito de impedir que um motorista o atropеле acidentalmente, mas poderá ter o direito a ser compensado pelo motorista pelas lesões resultantes do acidente<sup>75</sup>.

Como nos diz Mafalda Miranda Barbosa<sup>76</sup>, esta diferença soa estranha à luz dos quadros do nosso pensamento. Para nós, o direito de propriedade caracteriza-se pelo direito ao uso exclusivo de uma determinada coisa e é esse direito que determina que o titular possa demandar o lesante por provocar a lesão. As duas realidades são indissociáveis. A noção de property right não se confunde, assim, com a noção de direito absoluto. Na verdade, “não está em causa o respeito *inter partes* ou *erga omnes* devido a uma dada posição subjectiva, mas a possibilidade ou não de se interferir com essa posição de acordo com as regras do mercado ou fora deste mecanismo de composição de interesses. (...) Enquanto os property right garantem que a transferência de titularidade de um direito opere por via do mercado, as liability rules permitem que a transação se efectue por via do sistema legal, independentemente do mercado<sup>77</sup>.

Essa distinção fundamental pode ser elucidada através da exposição do teorema de Coase. O teorema de Coase sustenta que a eficiência com que os recursos serão empregados não é afetada pela atribuição inicial de direitos, desde que os custos de transação sejam zero<sup>78</sup>. Imaginemos que uma locomotiva emite faíscas que afetam as

---

<sup>74</sup> Cfr. William M. Landes / Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, ob. cit., pág. 30.

<sup>75</sup> Por vezes, os property rights e as liability rules podem existir simultaneamente. Uma pessoa tem um property right contra alguém que o agride dolosamente sem qualquer justificação e goza também da proteção de uma liability rule. Vd. William M. Landes / Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, ob. cit., pág. 30.

<sup>76</sup> Mafalda Miranda Barbosa, *A Recusa*, ob. cit., pág. 652.

<sup>77</sup> Mafalda Miranda Barbosa, *A Recusa*, ob. cit., pág. 652.

<sup>78</sup> Para mais desenvolvimentos vd. R. Coase, *The Problem of Social Cost*, in *The Journal Law & Economics*, Vol. III, October, 1960. No entanto o próprio autor admite que o pressuposto quanto à inexistência de custos de transação é uma assunção irrealista: “The argument has proceeded up to this point on the assumption that there were no costs involved in carrying out market transactions. This is, of course, a very unrealistic assumption. In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that

culturas de uma quinta e o único método para o evitar é reduzir o número de comboios por dia. Numa perspetiva eficientista conclui-se que os lucros da exploradora das locomotivas são maximizados se circularem quatro comboios por dia<sup>79</sup>.

Temos de ter como ponto de partida que o dono da quinta e o explorador da locomotiva são sujeitos racionais e querem maximizar os lucros através da combinação das duas atividades. Ora, se a quinta produzir diariamente 10\$, circulando apenas dois comboios por dia, o lucro da empresa será de 6\$ e os danos da quinta serão apenas 2\$, o que significa que haverá um ganho social de 14\$, não havendo qualquer externalidade. Se a empresa que gere as locomotivas encerrar, os lucros totais serão apenas 10\$. O mesmo acontece caso não haja plantações, onde a ferrovia irá gerar lucros de 8\$, mas os 10\$ gerados pela quinta serão perdidos<sup>80</sup>. Não faz, portanto, sentido impor, neste caso, uma liability rule. Os interessados irão compor os seus interesses autonomamente através do sistema de mercado<sup>81</sup>.

Até Coase escrever o seu artigo "The Problem of Social Costs", os economistas pensavam que, "unless railroad and farm were under common ownership, giving the railroad a right to emit sparks would create an externality. Coase showed, however, that if the costs of transacting between the railroad and the farmer were zero, the railroad would run only two trains a day (we are assuming that the farm earns gross profits of \$10, so that it is more efficient for the farm to operate than to shut down) even if it had a right to emit all the sparks it wanted. If initially the railroad intended to run four trains per day, the farmer would offer the railroad up to \$6 to reduce the number to two, because that would lower the amount of crop damage from \$8 to \$2"<sup>82 83</sup>.

---

one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost" (pág. 15).

Vd. também Miguel Patrício, *Ética Ambiental e Sustentabilidade no Teorema de Coase*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2 (2016), nº 6, pp. 1172 e ss.

<sup>79</sup> William M. Landes / Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, ob. cit., pág. 31.

<sup>80</sup> William M. Landes / Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, ob. cit., pág. 33.

<sup>81</sup> Mafalda Miranda Barbosa, *A Recusa*, ob. cit., pág. 653.

<sup>82</sup> William M. Landes / Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law, The Economic Structure*, ob. cit., págs. 33 e 34.

Outra das categorias autonomizadas pelos autores denomina-se “nuisance”. “Nuisance in law means an interference with the use or enjoyment of land. A pigsty that emits a noisome stench, interfering with the neighboring homeowners' enjoyment of their property, is a classic example of a nuisance. The fact that the harm in a nuisance case is usually, although not always, continuous and certain rather than intermittent and probabilistic distinguishes in a rough way a nuisance case from an accident case”<sup>84</sup>.

Os casos de “nuisance” normalmente envolvem elevados custos de transação. Se B construir uma fábrica que emita fumos, reduzindo o valor das habitações em torno da fábrica, é provável que os custos de transação sejam elevados, em virtude do número de proprietários afetados. Consequentemente, uma abordagem via property rights, quer atribuindo a B o direito a emitir fumos, quer atribuindo aos proprietários envolventes o direito de estar livres de fumos, seria ineficiente<sup>85</sup>.

Ora, segundo Posner e Landes, a responsabilização do proprietário da empresa caso interferisse no uso das habitações de outra pessoa seria ineficiente. Em primeiro lugar, porque as externalidades são triviais na maior parte dos casos. Se todas as externalidades resultantes da interferência “with the use or enjoyment of land” resultassem em uma reivindicação legal (como seria sob o princípio da strict liability), seriam incorridos enormes custos administrativos para conseguir melhorias triviais na alocação de recursos. Em segundo lugar, a forma mais barata de internalizar custos pode não assentar na responsabilidade do lesante. Se as vítimas de “nuisance” forem sempre compensadas, elas não terão incentivos para adotar medidas que minimizariam os custos sociais<sup>86</sup>.

Para os autores, “the standard of liability in private nuisance cases will be not strict liability but rather a rule that confines liability to cases where the nuisance causes substantial damage that exceeds the cost of eliminating it and where, moreover, the

---

<sup>83</sup> Sobre a preferência dos property rights sobre as liability rules, vd. William M. Landes / Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, ob. cit., págs. 35 e ss.

<sup>84</sup> William M. Landes / Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, ob. cit., pág. 42.

<sup>85</sup> William M. Landes / Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, ob. cit., pág. 43.

<sup>86</sup> William M. Landes / Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, ob. cit., págs. 48 e 49.

defendant (injurer) can eliminate the nuisance at a lower cost than the plaintiff (victim)”<sup>87</sup>

88

### 1.2.2.3. Críticas à Análise Económica do Direito

Esta perspetiva é encabeçada por alguns autores como forma de defesa dos danos punitivos. Sobre eles, pronunciar-nos-emos mais à frente. Mas, independentemente dos aspetos dogmático-axiológicos que sobre a categoria devam ser relevados, há que tecer desde já alguns esclarecimentos. Assim, a racionalidade tecnocrática subjacente à defesa de uma visão preventiva-punitiva para a Responsabilidade Civil não pode ser aceite.

A construção de Richard Posner não é sustentável. O ideal de justiça é transformado num ideal de eficácia e eficiência que se tenta a todo o custo atingir, conduzindo-nos a um “sistema de direito onde o direito está ausente”<sup>89</sup>.

Vistas as coisas deste modo, a instrumentalização do direito pode conduzir a resultados desastrosos, uma vez que os princípios de igualdade e de segurança jurídica serão colocados em cheque. O direito a uma indemnização irá ser atribuído de acordo com a repercussão económica que um determinado dano causará, o que será sempre contingente.

Mais acresce que a perspetiva económica e efficientista não é consonante com a realidade. Um cidadão comum (longe dos grandes centros empresariais) não vai ponderar a relação custo-benefício antes de adotar determinados comportamentos<sup>90</sup>, além de que “não faz qualquer sentido, em termos de direito privado, pensar no bem-estar global, no ganho

---

<sup>87</sup> William M. Landes / Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, ob. cit., pág. 49.

<sup>88</sup> A posição destes dois autores chega para percebermos que a Análise Económica do Direito não se afigura um todo unitário. Enquanto Calabresi procura criar um sistema de responsabilidade civil que seja eficiente, tendo como objetivo diminuir o custo dos acidentes, Posner aceita a existência da doutrina legal e analisa-a em termos económicos, situando a construção do seu sistema no momento da decisão judicativa: Mafalda Miranda Barbosa, *Reflexões*, ob. cit., págs. 649 a 651. Esta autora afirma que “outra, se não mesmo a maior, diferença entre o pensamento de Posner e de Calabresi passa pelo facto de o último autor não absolutizar a responsabilidade civil. Ou seja, e dito de uma forma mais perceptível, para ele a ideia de eficiência ultrapassa a própria ideia de responsabilidade. Estando esta subordinada à primeira, se em concreto apurarmos que existem outros meios mais eficazes para diminuir os custos dos acidentes na sociedade, a responsabilidade civil deve ser preterida”. Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Reflexões*, ob. cit., pág. 651, nota 39.

Para uma análise destas duas posições vd. também, Izhak England, *The Philosophy of Tort Law*, Dartmouth, 1993, págs. 31 e ss.

<sup>89</sup> Mafalda Miranda Barbosa, *A Recusa*, ob. cit., pág. 655.

<sup>90</sup> Mafalda Miranda Barbosa, *A Recusa*, ob. cit., pág. 656.

social para se discernir se se deve ou não imputar uma obrigação ressarcitória a uma esfera jurídica diversa daquela que sofreu o dano<sup>91</sup>. O direito civil coloca em confronto dois particulares que procuram compor autonomamente os seus interesses.

Monateri afirma que, eventualmente, as decisões a que se chegam com base na análise económica do direito podem fazer sentido à luz de uma teoria socialista do direito mas não na nossa<sup>92</sup>. Imaginemos o seguinte exemplo, tendo em conta a distinção entre os property rights e as liability rules. Se A quiser construir uma fábrica poluente junto de um terreno de B, causando-lhe danos, a resolução do conflito passará por saber qual será o ganho e a perda social resultante dessa situação. Se A ganhar 1000 e tiver de pagar a B 500 em virtude da negociação de mercado, aquele, enquanto agente racional, maximizador do bem-estar, irá edificar a fábrica. Neste exemplo é benéfico existir um property right, já que os custos de transação são baixos e o mercado pode resolver a situação. Se, pelo contrário, A tiver de pagar a B 2000, a solução de edificar a fábrica não seria eficiente, pelo que existiriam vantagens em estabelecer uma liability rule<sup>93</sup>.

Deste raciocínio pode concluir-se que a teoria de Posner potencia uma forma de expropriação privada. Para conseguirem um aumento do bem-estar social, os defensores da análise económica do direito negam a importância da propriedade privada, demonstrando, assim, feições do coletivismo<sup>94</sup>.

Para além de não se poder sustentar a posição por ignorância do ser pessoa, ela é também insustentável em termos dogmáticos, tendo em conta o nosso sistema de direito positivo.

Como já vimos supra<sup>95</sup>, existindo determinado direito subjetivo na esfera jurídica de uma pessoa e sendo esse direito absoluto, em caso de violação ou ameaça de violação desse direito, pode o titular demandar o lesante ou o potencial lesante recorrendo aos mecanismos coercivos colocados ao seu dispor para fazer cessar lesão ou evitá-la. Para

---

<sup>91</sup> Mafalda Miranda Barbosa, *A Recusa*, ob. cit., pág. 657.

<sup>92</sup> Cfr. Guisepppe Monateri, *Risultati e regole. Un'analisi giuridica dell'analisi económica del diritto*, in *Rivista del Diritto Privato*, ano XIII, 4 1995, págs. 605 a 619, *apud* Mafalda Miranda Barbosa, *A Recusa*, ob. cit., pág. 658, nota 56.

<sup>93</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *A Recusa*, ob. cit., págs. 658 e 659.

<sup>94</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *A Recusa*, ob. cit., pág. 659.

<sup>95</sup> Vd. supra 1.2.2.2.

além disso, pode gerar-se uma obrigação indemnizatória nos termos gerais da responsabilidade civil. Acresce que, quando se gera uma situação de responsabilidade civil, o mecanismo de indemnização em dinheiro funciona apenas quando a reparação natural da lesão não se afigure possível<sup>96</sup>.

A finalidade preventiva não se pode erigir como finalidade primária da responsabilidade civil, nem deve orientar o momento interpretativo das regras de responsabilidade civil. Ainda que o intuito preventivo estivesse presente na feitura de normas pelo legislador, não devemos ficar presos a uma interpretação subjetivista histórica, apegados a uma vontade orientada por finalidades económicas<sup>97</sup>.

Segundo Mafalda Miranda Barbosa, “não podemos olvidar o momento que nos orienta e simultaneamente nos condiciona. Situando-nos na fase da decisão judicativa, a pressuposição de uma racionalidade deste tipo, ainda que confinada à prescrição legislativa, redundante, afinal, na alteração da intencionalidade que deve presidir ao discurso do jurista decidente. Com efeito, quando colocamos – ainda que em termos tendencialmente teóricos – o problema das finalidades que à responsabilidade civil cumpre realizar, não nos esquecemos da dimensão prática do discurso jurídico. É em função dos casos concretos que o sistema é mobilizado e movimentado, Pelo que a discussão encetada apenas tem razão de ser se encarada, no seu resultado conclusivo, como um instrumento útil de interpretação de normas orientadoras do juiz na busca de uma solução para eventuais casos que possam emergir no seu horizonte discursivo, sobretudo se estes forem casos complexos, para os quais não se consiga discernir, *a priori*, uma solução líquida. No fundo, o que aqui chamamos à colação, de forma incidental, é o problema dos objectivos da interpretação. Adequadamente compreendido, a solução concretamente propugnada para ele afastar-nos-á da consideração da finalidade preventiva enquanto escopo primacial da responsabilidade civil”<sup>98</sup>.

Por outro lado, do ponto de vista da construção do sistema delitual, não nos podemos apartar dos princípios fundamentantes do sistema, de tal modo que, mesmo situados no plano da prescrição legislativa, não podemos deixar-nos dominar por um

---

<sup>96</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *A Recusa*, ob. cit., págs. 659 e 660.

<sup>97</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *A Recusa*, ob. cit., pág. 660.

<sup>98</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *A Recusa*, ob. cit., págs. 660 e 661.

pensamento de índole exclusivamente preventivo-eficientista, baseado na procura da maximização do bem-estar social, que, aliás, ultrapassa a intencionalidade predicativa do mundo jurídico-privatístico. Deste modo, a perspectiva de Calabresi não pode, também, proceder.

Ao contrário de Richard Posner, o autor centra-se no momento prescritivo, em que a sua proposta é apenas dirigida ao legislador. Para Calabresi, o seu pensamento esgota-se neste momento, não relevando para a decisão concreta do caso *sub judice*<sup>99</sup>.

No entanto, mesmo que assim não se entendesse, o objetivo de maximização de riqueza e do bem-estar da sociedade no momento de determinação do escopo ressarcitório seria bastante dúbio. Não nos podemos esquecer que estamos no âmbito do direito privado onde se confrontam dois particulares, pelo que o ideal de justiça tem de refletir essa circunstância. Esta ideia de maximização de riqueza e bem-estar não condiz com o escopo do nosso sistema de responsabilidade. A nosso ver, aceitar uma visão tecnocrática do direito significa postergar o princípio da dignidade ética da pessoa humana, princípio que orienta todo o sistema.

Como pudemos perceber, os defensores da Law and Economics, veem na eficácia e eficiência os pilares do sistema da responsabilidade civil, admitindo, portanto, a condenação do lesante ao pagamento de danos punitivos. Vimos nas linhas anteriores que este pensamento não é de aceitar. No entanto, a problemática dos danos punitivos pode ser encarada de um outro modo, mas remeteremos essas preocupações para um capítulo autónomo. Porém, adiantaremos que a perspectiva de vários autores quanto à admissibilidade dos danos punitivos é determinada por preocupações atinentes a um ideal de justiça, como por exemplo, a salvaguarda de bens jurídicos, *v.g.* direitos de personalidade e nos comportamentos violadores desses direitos para prossecução de lucros ilícitos.

---

<sup>99</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *A Recusa*, ob. cit., pág. 663.



### 1.2.3. Função Sancionatória da Responsabilidade Civil

Alguns autores falam de uma finalidade sancionatória da responsabilidade civil. No entanto, o termo “sanção” é polissémico, pelo que teremos de recortar os diversos significados do mesmo.

Repetindo as palavras de Júlio Gomes<sup>100</sup>, “em toda a reacção do ordenamento jurídico à conduta ilícita de um agente é possível individualizar um certo momento sancionatório”. Porém, parece-nos que, estando estes interesses presentes em todos os ramos do direito, esta aceção do termo “sanção” nada acrescenta ao recorte das finalidades próprias da responsabilidade civil.

Outro sentido do termo “sanção” é-nos dado por Mafalda Miranda Barbosa<sup>101</sup>. Esta autora desvela um outro momento sancionatório para o instituto, a nosso ver, já relevante para os nossos propósitos. A obrigação de indemnizar funda-se na liberdade da pessoa humana e a responsabilidade é vista como um modo de cumprimento dessa liberdade (e não um modo de a limitar). Ao contrário do que se presenciou no pensamento liberal, no qual a relação do “eu” com o “outro” era uma relação de exclusão (liberdade negativa), em que um indivíduo seria livre de agir desde que não lesasse culposamente esfera alheia, hoje, a liberdade deve ser vista como um espaço envolto em deveres de respeito um pelo outro. O desrespeito por estes deveres originará uma pretensão indemnizatória, própria de um instituto que reafirma o ser humano como pessoa, ou seja, que reafirma a pessoalidade de cada um. Esta dialética liberdade *versus* responsabilidade está presente no ordenamento jurídico português.

Por último, utiliza-se também o termo “sanção” dando-lhe o significado de punição. Porém, iremos tratar autonomamente, no capítulo subsequente, esta questão,

---

<sup>100</sup> Cfr. Júlio Gomes, *Uma Função punitiva*, ob. cit., pág. 112. Este autor afirma que “para além dos interesses dos particulares que podem ser afectados, há sempre um interesse público até, de algum modo, dúplice que é posto em causa: por um lado, um interesse público na própria realização dos interesses privados uma vez que «a aprovação – com conseqüente tutela – que o ordenamento concede a uma série de relações voluntariamente constituídas entre os particulares traduz-se num interesse do Estado em que tais relações se concluam e realizem de modo lícito e sem obstáculos» e, por outro lado, o interesse do ordenamento na sua própria auto-conservação e autotutela”.

<sup>101</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Reflexões em torno da Responsabilidade Civil*, ob. cit., págs. 551 e ss.

analisando o problema da admissibilidade de uma finalidade punitiva no instituto da responsabilidade civil.

#### 1.4. Finalidade Punitiva da Responsabilidade Civil?

##### 1.4.1. Algumas considerações

Discussão acesa na doutrina é a relativa à admissibilidade de uma função punitiva da responsabilidade civil e à condenação do agente ao pagamento de danos punitivos.

Paula Meira Lourenço, na sua obra sobre a função punitiva da responsabilidade civil, chama desde logo a atenção para as limitações deste instituto, uma vez que não há um desincentivo à prática de ilícitos<sup>102</sup>. Será possível ultrapassar o montante do dano na obrigação de indemnização, atendendo ao comportamento especialmente grave do agente ou ao seu comportamento segundo um raciocínio puramente económico? Se se responder afirmativamente, estaremos aqui perante um escopo preventivo-punitivo da responsabilidade civil.

Antes de começar a discorrer sobre o problema, importa desde já dizer que não concordamos com a autora a respeito da ausência de desincentivo à prática de ilícitos. Como vimos supra<sup>103</sup>, a responsabilidade civil desempenha sempre um papel preventivo, ainda que ténue e insuficiente, visto que existe sempre a ameaça de uma sanção (obrigação indemnizatória) que pode desincentivar um sujeito da prática do ilícito.

Recentemente têm surgido cada vez mais vozes no sentido da defesa de uma função punitiva da responsabilidade civil. Estes autores apoiam-se sobretudo no artigo 494º CC, que admite a redução da indemnização se o facto ilícito apenas tiver sido

---

<sup>102</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, 2006, págs. 16 e 17.

<sup>103</sup> Cfr. supra 1.2.1.

cometido com mera culpa ou negligência, fixando-se a indemnização equitativamente; no artigo 496º CC, que trata da indemnização dos danos não patrimoniais; no facto de a culpa ser pressuposto da obrigação de indemnizar; na existência de danos cuja determinação e quantificação é bastante complexa, como os danos ambientais; e no problema da causa virtual<sup>104</sup>.

Mas qual a importância do reconhecimento de uma função punitiva do instituto da responsabilidade civil para o resgate do lucro obtido ilicitamente? Os autores que admitem uma função punitiva para a responsabilidade civil tratam da problemática dos danos punitivos que, a serem admitidos no ordenamento jurídico português, permitiriam resolver o problema da restituição do lucro (aquele montante que suplanta o valor que o agente terá de desembolsar para reconstituir a situação anterior do lesado) por esta via, não sendo necessário sair do âmbito da responsabilidade civil.

Nas páginas subsequentes, iremos analisar os indícios em que os autores se baseiam para defenderem a função punitiva da responsabilidade civil e, caso concordemos com estes autores, analisar se se pode condenar o agente ao pagamento de danos punitivos.

#### 1.4.2. Redução do Montante Indemnizatório

Segundo o artigo 494º do CC, “quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”.

Vários autores retiram deste artigo um indício do carácter punitivo da responsabilidade civil. Ora, o legislador manda atender ao grau de culpa do lesante para fixar o montante da indemnização. Se o agente atuar com negligência, o montante de indemnização poderá ser reduzido: quanto menor for o grau de culpa do agente, menor será a indemnização<sup>105</sup>. Este critério de aferição da culpa nada tem a ver com o montante dos danos causados ao lesado.

---

<sup>104</sup> Vd., p.e., Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, ob. cit., págs. 247 e ss.

<sup>105</sup> Estamos apenas a referir-nos ao critério da culpabilidade do agente.

Paula Meira Lourenço afirma que, “se a função da responsabilidade civil fosse meramente reintegrativa, e não se destinasse a punir os actos contrários ao Direito, o grau de culpa do agente não teria qualquer relevância na determinação da indemnização”<sup>106</sup>. Como o grau de culpa influi no montante indemnizatório, o artigo em análise consubstancia uma manifestação da função punitiva da responsabilidade civil<sup>107</sup>.

Do lado diametralmente oposto, Alberto de Sá e Mello diz-nos que a redução da indemnização segundo juízos de equidade, segundo os critérios enunciados no artigo, acentua a função reparadora da responsabilidade civil. Aqui não seria o grau de culpa a limitar a medida da indemnização, mas sim a sua ausência<sup>108</sup>.

Que posição tomar quanto a esta problemática? A nosso ver este artigo não desempenha qualquer função de punição. Na linha de Brandão Proença<sup>109</sup>, também não nos parece que “o legislador tenha pretendido instituir um meio de intimidação, tendente a prevenir a prática do ilícito e, de algum modo, visando castigar o lesante”. O legislador não quis de modo algum retribuir o mal que o agente provocou. Esta é uma norma de protecção do lesante<sup>110</sup>. Constitui um limite a uma indemnização que pode ser desproporcionada à conduta do agente.

---

<sup>106</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, ob. cit., págs. 252 e 253.

<sup>107</sup> No mesmo sentido, vd., p.e., Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., pág. 543 (“só o carácter *sancionatório, punitivo ou repressivo* da responsabilidade civil permite explicar que a indemnização possa variar consoante o grau de culpabilidade do agente”) e *Rasgos Inovadores*, ob. cit., págs. 18 e 19; Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, ob. cit., págs. 253 e 254; Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., págs. 779 e 780; e Paulo Mota Pinto, *Interesse Contratual Negativo*, ob. cit., págs. 824 e 825.

<sup>108</sup> Cfr. Alberto de Sá e Mello, *Critérios de Apreciação da Culpa na Responsabilidade Civil. Breve anotação ao regime do Código*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 49, 1989, pág. 541.

<sup>109</sup> Vd. José Carlos Brandão Proença, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da universidade Católica Portuguesa, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 162. Vd., também, do mesmo autor, págs. 161 e ss.

<sup>110</sup> No mesmo sentido, Mafalda Miranda Barbosa, *Reflexões*, ob. cit., pág. 566; e *Lições de Responsabilidade*, ob. cit., págs. 68 e 69.

Vaz Serra, na exposição de motivos do Anteprojeto do Código Civil, já dizia que a limitação da indemnização em caso de mera culpa se tratava de uma norma de protecção do responsável, o qual, se tivesse atuado com dolo, não iria beneficiar dessa protecção. Mais afirmava que “se a ausência de culpa exclui a responsabilidade, o grau de culpa deve influir no montante de indemnização”. Note-se que o preceito redigido por Vaz Serra é muito semelhante ao que passou para o projeto final. Cfr. Vaz Serra, *Obrigações de Indemnização (Colocação. Fontes. Conceito e espécies de Dano. Nexos Causais. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização). Direito de Abstenção e de Remoção*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 84, 1959, págs. 229, 236 e ss.

A mera culpa surge como uma atenuante ao montante de indemnização que é previamente determinado. Em primeiro lugar, a culpa não irá influenciar o apuramento do montante dos danos ressarcíveis. Ora, se à responsabilidade civil cabe a reparação dos danos causados pelo lesante, o seu montante terá de ser primeiramente definido e a determinação do *quantum* dos danos é realizada independentemente da culpa do agente. Em segundo lugar, e agora atendendo ao grau de culpabilidade do agente, entre outros critérios, o valor da indemnização pode eventualmente ser reduzido equitativamente. A indemnização nunca será superior ao dano, apenas se admitindo a sua fixação em montante inferior. Como se pode perceber, não estamos a castigar ou a punir o agente infrator<sup>111</sup>.

Temos ainda de tomar em linha de conta outro fator. O legislador não consagrou apenas o critério da culpabilidade do agente para reduzir a indemnização. Para além deste, ainda se tem de atender à situação económica do lesante, do lesado e às demais circunstâncias do caso. Os autores defensores da função punitiva falam que o grau de culpa influi no montante indemnizatório. Mas esquecendo-nos por meros instantes do critério da culpabilidade do agente, centremo-nos noutra critério, como o da situação económica do lesante. Se o lesante for uma pessoa com elevados rendimentos, isso irá determinar uma menor redução do montante indemnizatório. Ora, será que também estaremos a punir o lesante por este ser uma pessoa abastada? A resposta é necessariamente negativa. Neste caso, os critérios necessários para a sua proteção apenas não estão preenchidos. É tão e só isso. Enquanto não se ultrapassar o limite do dano não estaremos a punir os infratores<sup>112</sup>

113 .

---

<sup>111</sup> Carneiro da Frada (*Direito Civil*, ob. cit., pág. 66) dá-nos conta que o artigo 494º não permite retirar ilações sobre uma eventual função punitiva da responsabilidade civil, por se tratar de uma mera atenuação da indemnização.

<sup>112</sup> Por isso, não concordamos com Paula Meira Lourenço (*A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, ob. cit., pág. 269) quando afirma que “a função punitiva da responsabilidade civil revela-se sempre que o motivo de equidade para a fixação da indemnização apela a critérios que não digam respeito ao dano, v.g., a situação económica do agente e a do lesado”.

<sup>113</sup> O Supremo Tribunal de Justiça já se pronunciou, em várias ocasiões, pela inconstitucionalidade do critério da situação económica do lesado enquanto elemento atendível na determinação do *quantum* indemnizatório a título de danos não patrimoniais (Ac. STJ de 11 de Fevereiro de 2007, proc. nº 06B4433, Ac. STJ de 07 de Fevereiro de 2008, proc. nº 07B4403, e Ac. STJ de 24 de Abril de 2013, proc. nº 198/06/TBPMS.C1.S1, disponíveis em dgsi.pt).

Filipe Albuquerque Matos, num comentário ao Acórdão do STJ de 24 de Abril de 2013, proc. nº 198/06/TBPMS.C1.S1, debruça-se sobre a bondade da solução de inconstitucionalidade do referido critério. Vd. Filipe Albuquerque Matos, *Reparação por Danos Não Patrimoniais: Inconstitucionalidade da*

O legislador consagra no artigo 494º CC um mero expediente que faz com que o montante do dano possa não coincidir com o montante da indemnização. Parte-se do montante do dano (que funciona como limite) e abre-se a possibilidade de reduzir a quantia indemnizatória. Este limite não pode de modo algum ser ultrapassado, seja pela consideração do grau de culpabilidade do agente, seja pela situação económica dos intervenientes ou pelas demais circunstâncias do caso.

---

*Relevância da Situação Económica do Lesado: Acórdão de 24 de Abril de 2013 (anotação), in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 143º, nº 3984, 2014.*

O Acórdão afirma que a fixação da indemnização deve nortear-se por critérios de equidade, tendo em atenção as circunstâncias referidas no artigo 494º CC (*ex vi* artigo 496º/3 CC), mas que “entre estas é, porém, de afastar, por violação do princípio constitucional da igualdade (art. 13º da CRP), a relativa à situação económica do lesado”.

O autor, em comentário a este Acórdão, começa por chamar a atenção para a questão da conformação da disciplina juscivilística pelas exigências constitucionais. Em primeiro lugar, é ponto assente que se existir uma desconformidade do critério legal com a Constituição, prevalecerá a Lei Fundamental. Em segundo lugar, o autor não deixa de alertar para o perigo do avassalamento do direito privado pelas exigências constitucionais, podendo este movimento trazer consigo “o *gérmen* de destruição da idiossincrasia própria do ordenamento regulador das relações entre civis, cuja marca de água se traduz na igualdade jurídico-social dos particulares, os quais nas suas relações se pautam por ditames de justiça comutativa”. Cfr. Filipe Albuquerque Matos, *Reparação*, ob. cit., págs. 202 e 203.

A questão da (não) inconstitucionalidade do critério passa por saber se existem razões justificativas para tratar diversamente aquilo que na aparência se afigura igual: a violação de um mesmo tipo de bem jurídico. Ora, o princípio da igualdade deve ser perspetivado num sentido material, devendo tratar-se por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual. Para mais desenvolvimentos vd. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição (11ª reimpressão), Almedina, 2013, págs. 427 e ss.

Estará este princípio, entendido no sentido material, a ser violado?

Na ótica da igualdade material podem descortinar-se algumas razões para tratar diferenciadamente várias situações respeitantes à violação do mesmo tipo de bem jurídico. A atribuição de um montante ressarcitório elevado pode constituir um modo de enriquecer, sobretudo nos casos em que a situação económica dos lesados seja abastada. No entanto, a medida indemnizatória não pode depender somente de fatores subjetivos do lesado, gerando neste caso distorções, uma vez que “os hábitos de vida e os prazeres espirituais susceptíveis de serem propiciados por uma quantia em dinheiro, encontrar-se-iam numa relação directamente proporcional com a concreta situação económica de quem sofre os danos. Ora, não é obviamente para um tal subjectivismo que o legislador nos quis remeter”. Cfr. Filipe Albuquerque Matos, *Reparação*, ob. cit., pág. 205.

Para evitar cair numa apreciação subjetivista da situação económica do lesado, segundo o autor, torna-se necessário realizar um confronto entre as posições dos lesado e lesante e convocar as exigências regulativas da proporcionalidade. Assim, pode chegar-se à conclusão de que a atribuição de uma determinada quantia pecuniária se revela excessiva tendo em conta a situação económica deficitária do lesante, acabando por o colocar numa situação precária. No entanto, o decidente deverá também tomar particular atenção à situação económica do lesado, de modo a não o prejudicar. Apesar de não se encontrar *expressis verbis* mencionada na lei a comparabilidade destes dois critérios, tal resulta quer da letra da lei, quer da teologia do preceito. Para além disso, as preocupações com a situação económica do lesante não se revelam apenas neste preceito. Tudo contribui para a realização de um confronto entre as situações económicas dos lesante e lesado. Cfr. Filipe Albuquerque Matos, *Reparação*, ob. cit., págs. 205 e 206.

Assim atendida a questão, segundo Filipe Albuquerque Matos, o critério da situação económica do lesado não está ferido de inconstitucionalidade.

Alguns dos autores que afirmam que este artigo cumpre uma finalidade punitiva justificam esta finalidade pelo facto de se diferenciar, embora dentro do limiar do dano, os agentes de acordo com o seu grau de culpa, sendo mais penalizados os que atuam com um maior grau de culpabilidade, em detrimento dos que atuam com um menor grau. No entanto, como dissemos anteriormente, para nós não há aqui qualquer penalização. Quem atua com um maior grau de culpa não cumpre tão só com os pressupostos de aplicação do artigo 494º CC, ou apenas não vai usufruir da proteção do artigo em toda a sua extensão. Assim, somente se pode dizer que estes agentes não são beneficiados.

Conforme foi salientado supra<sup>114</sup>, o termo “sanção” é polissémico e podem ser-lhe atribuídos vários sentidos. Neste artigo está presente uma ideia de sanção no sentido anteriormente analisado, mas nunca no sentido de punição ou retribuição. Portanto, não concordamos com Paula Meira Lourenço, quando afirma que “a função punitiva da responsabilidade civil não se revela somente quando a norma tem por finalidade castigar o lesante, mas também quando se limita o montante indemnizatório, atendendo à sua culpa leve”<sup>115</sup>.

Para concluir a análise deste artigo resta abordar uma questão. Imaginemos que alguém viola ilicitamente, com mera culpa, um direito de personalidade de outrem, causando danos, mas obtendo ainda um lucro com tal atuação. Será que ainda se abrirá a possibilidade da aplicação do artigo 494º CC?

Pereira Coelho afirma que se deve atender ao enriquecimento do lesante proveniente do ato ilícito: “sempre dentro do montante dos danos, em caso algum deverá o juiz fixar indemnização inferior ao mesmo enriquecimento”<sup>116</sup>. Concordamos com esta posição. Como dissemos anteriormente, o artigo 494º CC funciona como norma de proteção do lesante, em que, pelo facto de ter atuado com mera culpa, o montante indemnizatório poderá ser reduzido. Assim, esta norma constitui um limite a uma indemnização que poderia ser desproporcionada à concreta conduta do agente. Ora, se o agente consegue um lucro com a sua atuação, cessa a razão de ser da sua proteção e

---

<sup>114</sup> Vd. supra 1.2.3.

<sup>115</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, ob. cit., pág. 254.

<sup>116</sup> Cfr. Pereira Coelho, *O Enriquecimento e o Dano*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 1999, pág. 34, nota 70 e págs. 66 e ss.

consequentemente não poderá ser condenado num montante inferior ao lucro que obteve. Se, por hipótese, o lucro do agente se cifrar num montante superior ao dano, esta norma não terá aplicação, restando saber como se irá resgatar esse excedente, questão essa que se irá analisar ao longo deste trabalho.

### 1.4.3. Causa Virtual

Outro dos argumentos em que os autores se apoiam para a atribuição de uma finalidade punitiva à responsabilidade civil deriva da possível relevância positiva da causa virtual e do critério presente no artigo 566º do Código Civil que, aos olhos de alguns autores, confere uma natureza punitiva à causa virtual.

O problema da causa virtual pressupõe uma concorrência de processos ou de séries causais, em que um desses processos atingiu o seu termo e produziu um determinado efeito, enquanto que um outro processo teria produzido esse mesmo efeito caso o primeiro não tivesse tido lugar<sup>117</sup>. Não existe em rigor uma duplicidade de causas efetivas na produção do dano, existindo sim a eficácia causal de uma única ação para provocar o dano, apesar de o mesmo também se verificar por meio de outro facto independente<sup>118</sup>. Este último processo trata-se de uma causa puramente virtual ou hipotética, cuja eficácia causal não chegou a desenvolver-se em relação ao dano de que se trata<sup>119 120</sup>.

---

<sup>117</sup> Cfr. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1998, pág. 23.

<sup>118</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação. Contributo para a Compreensão da Natureza Binária e Personalística do Requisito Causal ao Nível da Responsabilidade Civil Extracontratual*, Vol. II, Cascais, Príncípia, 2013, pág. 1177.

<sup>119</sup> Para uma distinção entre causa hipotética e facto hipotético, vd. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., pág. 26, nota 9. Segundo o autor “se se recar a crítica fácil de que a expressão «causa hipotética» envolve uma contradição nos próprios termos pois toda a causa é necessariamente real e se é virtual já não é causa, pode falar-se antes aqui em facto hipotético”. No entanto, Francisco Pereira Coelho, na sua obra, emprega preferencialmente o primeiro termo. “«Facto hipotético» sugere a ideia de um facto não real (não histórico), de um facto que realmente não *teve* lugar, mas apenas *teria* tido lugar se se tivesse verificado certa hipótese, que não se verificou. Ora a causa virtual, se pode ser um facto *hipotético*, neste sentido, pode também ser, e é porventura o mais das vezes, um facto *real*. (...) Para estes casos, é mais correcto falar-se em *causa virtual* ou hipotética. Trata-se de um facto que em si mesmo foi real, mas cuja eficácia causal em relação àquele dano é que é puramente hipotética”.

<sup>120</sup> Diferentes destas hipóteses são aquelas em que um dano se verificou em consequência da eficácia causal efetiva de dois factos. A doutrina alemã distingue aqui a concausalidade, a causalidade cumulativa e a causalidade alternativa. Sobre estes conceitos vd. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., pág. 24, nota 5 e págs. 25 e ss.



Questiona-se, assim, em que medida é possível responsabilizar o agente que põe em marcha uma causa, ainda que esta seja hipotética ou virtual, e se o autor da causa real poderá ser eximido da obrigação de indemnização. O problema subjacente à primeira hipótese diz respeito à relevância positiva da causa virtual, em que se pergunta se o autor da causa virtual do dano será obrigado a indemnizar o dano que teria causado. Quanto à segunda hipótese, está em causa o problema da relevância negativa da causa hipotética, isto é, trata-se de saber se a causa virtual pode influir na sorte da obrigação de indemnizar do autor da causa real do dano<sup>121</sup>.

Pereira Coelho dedicou a sua tese de Doutoramento ao problema da causa virtual na responsabilidade civil. Antes desta obra, a questão só fora objeto de breve referência, na doutrina portuguesa, nas lições de Manuel de Andrade<sup>122</sup>, pelo que o pensamento do autor constitui uma marca do pensamento da doutrina portuguesa.

Ao colocar o problema de saber se o autor da causa real responde pelo dano que causar (relevância negativa da causa virtual), problema que é recorrentemente levantado pela doutrina, está a colocar-se também o problema de saber se o autor da causa virtual responderá (relevância positiva da causa virtual). Ora, é fácil compreender que, a resposta que se der ao primeiro problema irá influir indiretamente na solução a dar ao segundo. No caso de se atribuir à causa virtual relevância negativa mais se justificará a relevância positiva desta causa, ou seja, se o autor da causa real não responder, mais se justificará que o autor da causa virtual seja obrigado a indemnizar o lesado, sendo que, a contrário, este não obterá qualquer quantia.

Comecemos então por analisar a questão da relevância positiva da causa virtual, uma vez que, a aceitar a tese da relevância, estaremos a admitir uma função punitiva da responsabilidade civil.

#### 1.4.3.1. Causa virtual positiva – um caso de finalidade punitiva?

Vários argumentos se levantam a favor da relevância positiva da causa virtual, que serão analisados nos próximos parágrafos.

---

<sup>121</sup> Cfr. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., pág. 57.

<sup>122</sup> Cfr. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., pág. 6.

Em primeiro lugar, poderia invocar-se uma possível analogia com os casos de causalidade cumulativa. Ora, a solução tradicional para os casos de causalidade interrompida<sup>123</sup> é a falta de causalidade efetiva da série causal hipotética para o dano, uma vez que o dano se teria verificado da mesma forma se tal série causal nunca tivesse acontecido. No entanto, a mesma coisa acontece nos casos de causalidade cumulativa<sup>124</sup>, em que o dano se teria verificado da mesma maneira sem a ocorrência de um dos factos. A solução para estes casos é a responsabilidade solidária dos autores dos vários factos pelo dano. A favor desta solução alega-se, por vezes, que “seria contrário à boa fé que alguém quisesse tirar vantagens do facto de uma outra pessoa ter cometido igualmente uma acção danosa; ora esta justificação levará igualmente a que o autor da série causal interrompida responda pelo dano que teria causado se não tivesse ocorrido o facto interruptivo”<sup>125</sup>.

No entanto, segundo Pereira Coelho<sup>126</sup> a pretensa analogia é ilusória, uma vez que nos casos de causalidade cumulativa a eficácia causal de cada um dos factos cooperou para o efeito verificado. Pelo contrário, nos casos de causalidade interrompida, a eficácia causal do facto hipotético não cooperou para o efeito concretamente verificado.

Em segundo lugar, a solução tradicional do problema da causalidade interrompida no sentido da irrelevância da causa hipotética revela-se injusta<sup>127 128</sup>. Primeiramente, é injusta do ponto de vista do autor da série causal interrompida, por permitir que este retire vantagens do facto de outra pessoa ter cometido igualmente uma acção danosa, ou por ter ocorrido, por exemplo, um caso fortuito. Ora, não é justo que o autor da série causal interrompida não responda quando responderia se o facto interruptivo não tivesse ocorrido

---

<sup>123</sup> Fala-se em causalidade interrompida quando “um facto teria provocado realmente determinado efeito, mas a verificação deste efeito foi impedida por outro facto que por sua parte o produziu com anterioridade”: Cfr. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., pág. 28. Para mais desenvolvimentos vd. do mesmo autor, págs. 29 e ss.

<sup>124</sup> Existe causalidade cumulativa quando “a eficácia causal dos dois factos, cada um dos quais seria capaz de produzir o efeito só por si, cooperou efectivamente para o dano verificado”. Cfr. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., pág. 25. Porém, como nota o autor, podem estar em causa mais do que apenas dois factos.

<sup>125</sup> Vd. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., pág. 47, nota 41. O autor, como veremos, critica este argumento.

<sup>126</sup> Vd. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., pág. 47, nota 41.

<sup>127</sup> Como veremos infra, Francisco Pereira Coelho é defensor da não relevância negativa da causa virtual.

<sup>128</sup> Vd. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., págs. 47 e 48, nota 41. O autor, como veremos, também critica este argumento.

ou tivesse ocorrido uns momentos mais tarde. Tal facto hipotético deve ser sancionado, chamando o autor da causa virtual a responder. Por último, é também injusta a solução da irrelevância da causa hipotética, uma vez que pode dar lugar a desigualdades de tratamento que não são justificáveis entre casos iguais. Tome-se o exemplo de “A e B ferirem gravemente C e D, respectivamente, sendo de contar que a morte sobrevenha, num caso e noutro, em consequência das feridas. Porém, enquanto a morte de C foi efectivamente provocada pelos ferimentos, D veio a morrer em consequência de um raio ter incendiado a sua casa quando ele já estava moribundo e morreria poucos minutos depois. Pode também supor-se que a casa de C foi igualmente incendiada por outro raio, mas isto só ocorreu momentos depois de C já ter falecido em consequência das feridas. Ora, será justo que nestas hipóteses A responda pela morte de C, e B não responda pela morte de D?”<sup>129</sup>.

Pereira Coelho afasta também este argumento<sup>130</sup>. Segundo o autor, quanto ao primeiro aspeto, cabe refletir que a circunstância de uma conduta produzir ou não produzir um dano depende realmente de sorte e de falta de sorte, de uma série de eventualidades. Mas, prossegue o autor, “«o acaso faz parte da vida»: é assim”<sup>131</sup>. O sentido da argumentação só pode significar o de que as circunstâncias mencionadas puramente fortuitas ou eventuais não se compaginam com a ideia de sanção. Ora, ao admitir a ideia de relevância positiva da causa virtual, com a consequente responsabilização do autor da causa virtual, estaríamos a estabelecer um sentido sancionatório-punitivo à responsabilidade civil. Apesar de afirmar, como veremos infra, que a ideia de sanção está presente quanto à obrigação indemnizatória subjacente ao problema da causa hipotética, uma vez que o legislador concebe o dano como diferença no património, Francisco Pereira Coelho diz-nos que seria ir longe demais pretender que o regime da obrigação de indemnizar fosse determinado em primeira linha em ordem a esta ideia: “*a relevância da ideia de sanção tem de conter-se nos limites do dano realmente causado*”<sup>132</sup>. Assim, como a conduta não produziu o dano, porque uma outra circunstância o impediu, nenhum relevo lhe pode ser concedido, uma vez que a conduta não causou o dano concreto.

---

<sup>129</sup> Cfr. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., pág. 48, nota 41.

<sup>130</sup> Vd. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., págs. 48 e 49, nota 41.

<sup>131</sup> Cfr. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., pág. 48, nota 41.

<sup>132</sup> Cfr. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., pág. 48, nota 41.

Quanto ao segundo aspeto, respeitante às desigualdades de tratamento, Pereira Coelho afirma que não são apenas nestes casos que condutas iguais causam danos diferentes, correspondendo-lhes, deste modo, diferentes indemnizações. O dano a indemnizar, assim como a sua extensão, é também um acaso, dependendo de uma série de circunstâncias fortuitas sem qualquer conexão com a conduta que obriga a reparar<sup>133</sup>.

Como terceiro argumento favorável à relevância positiva da causa virtual, pode dizer-se que a solução desta relevância é igualmente injusta do ponto de vista da vítima que sofreu o dano. No caso de o facto interruptivo ser um facto fortuito, o argumento não procede, porque o lesado neste caso teve “pouca sorte”. Neste caso, obrigar o autor da causa virtual a indemnizar o dano seria colocá-lo numa posição melhor do que estaria se não fosse aquele facto. Mas se o facto interruptivo for uma conduta que induza a responsabilidade de terceiro, a resposta que imediatamente ocorre é que o lesado pode pedir indemnização, encontrando o seu interesse proteção. No entanto, casos existem em que a vítima não pode dirigir-se ao autor do facto real para lhe pedir a indemnização do dano. Para além dos casos em que o autor real se encontra em situação de insolvência, pensemos nos casos em que o lesado não pode, nem teoricamente, ser indemnizado à custa do autor do facto real. Pensemos nos exemplos em que é conferida relevância negativa à causa virtual, ou seja, nos casos em que o autor da causa real não responde pelos danos que provoca<sup>134</sup> ou nos casos em que o autor do facto interruptivo alega e prova que o seu facto não causou justamente dano nenhum<sup>135</sup>. Neste sentido, Heck fornece o exemplo de um caçador que mata a tiro um cão que tinha sido envenenado um pouco antes por outra pessoa. Ora, apesar de o tiro ter causado a morte como evento de ordem física, não pode dizer-se que tenha causado juridicamente qualquer dano, pois o dano não consiste numa modificação do mundo físico, mas sim numa diminuição do património. Vistas as coisas deste modo, um cão que morreria minutos depois não valeria nada, portanto o facto do

---

<sup>133</sup> Cfr. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., pág. 49, nota 41.

<sup>134</sup> Como veremos infra, existem casos de causalidade hipotética que, no ordenamento jurídico português, têm relevância negativa.

<sup>135</sup> Vd. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., págs. 48 e 49, nota 41. Porém, o autor afasta o argumento.

caçador o matar, não teria qualquer consequência no património no dono do cão<sup>136</sup>. Nestes casos, o lesado não poderá pedir ao autor da causa real a indemnização do dano sofrido.

Porém, Pereira Coelho refuta o argumento<sup>137</sup>. O autor da série causal interrompida, apesar de não responder pelo efeito final produzido pelo facto interruptivo, responde pelo “efeito parcial” provocado pela série causal hipotética antes da interrupção do processo causal. Ora, no que respeita ao leque alargado de casos em que não se reconhece à causa virtual uma relevância negativa, o autor da série causal interrompida irá responder sempre por este “efeito parcial”. A aplicação deste princípio da responsabilidade do autor da série causal interrompida pelo “efeito parcial” será suficiente para evitar consequências injustas a que poderia dar lugar a dita irrelevância positiva da causa hipotética. Tem é de se averiguar qual o dano realmente causado pelos termos da série causal interrompida antes de ocorrer o facto interruptivo. No que concerne ao exemplo fornecido por Heck, é errado dizer que o dano causado pelo autor da causa virtual se identifica apenas com as despesas feitas para curar o animal ou os lucros cessantes provenientes da sua utilização. O cão envenenado, que iria do mesmo modo morrer caso não acontecesse o facto interruptivo, passou a não valer nada, pelo que o património do dono do cão ficou diminuído na soma correspondente ao valor do animal<sup>138</sup>: *“há que averiguar se os termos da série causal hipotética decorridos antes da interrupção (independentemente do seu seguro curso ulterior) tiveram já como consequência uma diminuição do valor do bem atingido pelo dano”*<sup>139</sup>. Ora, no caso de danos às coisas, a ideia não parece ser de difícil aplicação, mas no caso de danos pessoais não se pode falar verdadeiramente de uma “diminuição do valor” da pessoa. No entanto, a ideia continua a ser fundamentalmente exata. De tais afirmações resulta o facto de que, muitas vezes, o princípio da responsabilidade pelo “efeito parcial” realmente produzido conduzirá aos

---

<sup>136</sup> Cfr. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., págs. 49 e 50, nota 41

<sup>137</sup> Vd. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., págs. 50 e 51, nota 41.

<sup>138</sup> Vd. infra o que se dirá sobre as notas de utilidade inerentes a um direito subjetivo, subjacente à causalidade preenchedora da responsabilidade civil.

<sup>139</sup> Cfr. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., pág. 50, nota 41.

mesmos resultados que chegaria a ideia de responsabilizar o autor da série causal interrompida, isto é, conferir relevância positiva à causa virtual<sup>140</sup>.

Um quarto argumento se levanta para defesa da relevância positiva da causa virtual<sup>141</sup>. Imaginemos o caso em que A fere mortalmente B e que este, já moribundo, vem a morrer na sequência de um tiro de C, sem qualquer relação com a agressão de A. Neste exemplo, a ideia de *diferença* levaria à consequência de A ser obrigado a restabelecer a situação que agora existiria se não tivesse agredido B, logo estaria apenas obrigado, segundo esta ideia da diferença, a indemnizar as despesas realizadas por B com o tratamento das feridas e os lucros cessantes decorrentes da sua incapacidade de trabalho no período compreendido entre a agressão de A e a de C, etc. Não estaria obrigado a indemnizar outras despesas, como as relativas ao funeral de B ou os proventos que B tiraria do seu trabalho a partir do momento da agressão de C. E, todavia, em todos os casos onde não é reconhecida a relevância negativa à causa virtual, A seria obrigado a indemnizar também por estas últimas consequências danosas, sem embargo de que elas se teriam à mesma verificado se não fosse a sua conduta. Então pode concluir-se o seguinte: “assim como a ideia de *diferença* aqui não é obedecida e A (porventura em homenagem a uma ideia de *responsabilidade* ou de *sanção*), responde, numa vasta zona de casos, também por estes últimos danos – assim da mesma maneira não haverá obstáculo a que A seja responsável pela morte de B. Se uma tal solução contraria a ideia de *diferença*, explicar-se-á também por uma ideia de *responsabilidade*”<sup>142</sup>.

Pereira Coelho refuta o argumento, afirmando que os casos não são iguais. A causou, efetivamente, as consequências danosas resultantes dos ferimentos, mas não causou a morte de B. A “eficácia causal do facto de A não cooperou efectivamente para a morte de B como ela concretamente teve lugar; sem aquele facto, este resultado ter-se-ia verificado exactamente da mesma maneira”<sup>143</sup>. Como já se referiu anteriormente, o autor

---

<sup>140</sup> Vd. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., pág. 51, nota 41.

<sup>141</sup> Vd. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., págs. 48 e 49, nota 41. No entanto, o autor mostra discordância com o argumento.

<sup>142</sup> Cfr. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., págs. 51, nota 41.

<sup>143</sup> Cfr. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., pág. 51, nota 41.

diz-nos que a ideia de sanção deve conter-se necessariamente dentro dos limites do dano “causado”<sup>144</sup>.

Por último, mais um argumento se pode aduzir para a atribuição de relevância positiva à causa virtual<sup>145</sup>. Podia pensar-se em invocar-se um argumento que, por vezes, também se utiliza, *a contrario*, contra a relevância negativa da causa virtual: “se à causa virtual (...) deve ser atribuída relevância *negativa*, porque não lhe há-de ser igualmente reconhecida relevância positiva?”<sup>146</sup>

Francisco Pereira Coelho retorque o argumento com base na sua natureza formal e na consideração superficial das coisas. Não há qualquer antagonismo entre as soluções da relevância positiva e negativa da causa hipotética: “a razão que pode justificar a relevância *negativa* da causa hipotética é a *mesma razão* por que a relevância *positiva* não lhe deve ser reconhecida”<sup>147</sup>.

Como se pode concluir dos parágrafos anteriores, a solução da relevância positiva da causa virtual não pode de modo algum proceder. A admitir a relevância positiva da causa hipotética estar-se-ia a compactuar com uma natureza sancionatória-punitiva do problema. Recordemos que todo o instituto da responsabilidade civil está pensado em torno da noção de dano. Ora, estaríamos a afastar-nos dos limites do dano realmente causado se o autor de uma causa que não chegou a originar o dano efetivo, porque, *p.e.* outra causa o interrompeu, fosse chamado a responder. Neste caso, o autor seria responsabilizado por danos que não resultaram do seu comportamento, o que é inaceitável tendo em conta o artigo 483º do Código Civil<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> Como veremos infra, não concordamos com este sentido sancionatório-punitivo da causalidade virtual.

<sup>145</sup> Vd. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., págs. 48 e 49, nota 41. O autor mostra também discordância quanto ao argumento, como veremos.

<sup>146</sup> Vd. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., págs. 51 e 52, nota 41.

<sup>147</sup> Cfr. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., pág. 52, nota 41.

<sup>148</sup> Neste sentido, vd. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., pág. 926; Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, ob. cit., pág. 314; Pedro Romano Martinez, *Direito das Obrigações: Programa 2004/2005. Apontamentos*, 2ª edição, Lisboa, AAFDL, 2004, pág. 115. Contra a relevância positiva da causa virtual vd. também Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, ob. cit., , págs. 412 e ss.

Deste modo, julgam-se afastados os argumentos que se poderiam invocar para defesa da relevância positiva da causa virtual e, conseqüente, a prossecução de uma finalidade punitiva que cumpriria tal relevância. Remeteremos para o próximo ponto o problema da (ir)relevância negativa da causa virtual, ligado aos problemas atinentes à teoria da diferença, plasmada no artigo 566º do Código Civil.

No entanto, não podemos acabar a nossa análise sem abordarmos uma posição que nos diz que os problemas da relevância ou irrelevância positiva e negativa da causa virtual são na verdade “não problemas”.

Mafalda Miranda Barbosa, na sua tese de doutoramento, vem pôr em causa as perspetivas tradicionais sobre onexo de causalidade. A posição maioritária entre nós vai no sentido de considerar que o artigo 563º CC, sob a epígrafe “nexo de causalidade”<sup>149</sup>, consagra a doutrina da causalidade adequada<sup>150</sup>. Porém, existem vozes discordantes na doutrina. Menezes Cordeiro, por exemplo, afirma que o artigo 563º do Código Civil não impõe a causalidade adequada como direito vigente. O artigo apenas afasta, como princípio, a causalidade virtual como fonte de imputação (parece aqui estar mais em causa a questão da relevância positiva da causa virtual)<sup>151</sup>.

Apesar de várias controvérsias existentes na doutrina, que são extemporâneas ao nosso âmbito de análise, embora as tenhamos como pressupostas, a jurisprudência nacional parece aderir maioritariamente à ideia de que o Código Civil consagra expressamente a doutrina da causalidade adequada.

Mafalda Miranda Barbosa tem dúvidas quanto à bondade da posição<sup>152</sup>. É duvidoso que o legislador tenha querido impor normativamente uma solução que deve ser encontrada pela doutrina, uma vez que, tendo em conta a distância que separa a decisão judicativa da prescrição legislativa, percebe-se que não cabe ao legislador a cristalização

---

<sup>149</sup> O artigo dispõe que “a obrigação de indemnização só existe em reação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

<sup>150</sup> Vd. indicações bibliográficas em Mafalda Miranda Barbosa, *Sentido e Intencionalidade do Requisito Causal: o Antes e o Depois do Código Civil de 1966*, in *Responsabilidade Civil: Cinquenta Anos em Portugal, Quinze Anos no Brasil*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, pág. 131, nota 167.

<sup>151</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Sentido e Intencionalidade*, ob. cit., págs. 132 e 133 e 133, nota 171.

<sup>152</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Sentido e Intencionalidade*, ob. cit., pág. 135.



de conceitos que só podem ser adequadamente compreendidos quando se tem em conta um determinado caso concreto e os princípios subjacentes a todo o sistema. O preenchimento destes conceitos compete sobretudo à jurisprudência e à dogmática. Por outro lado, o argumento histórico dos trabalhos preparatórios do Código que poderia erguer-se a favor da doutrina da causalidade adequada falha, pois em termos metodológicos, a outrora norma-texto passou a ser compreendida como norma-problema, pelo que, tendo em conta os objetivos da interpretação, já não se procura colher do texto a vontade subjetiva do legislador histórico ou do sentido objetivo incorporado pela norma, mas uma perspectiva dogmática e teleológica.

Segundo a autora, impõe-se, portanto, um novo entendimento da causalidade. Pese embora as posições maioritárias da doutrina e jurisprudência, a causalidade não pode continuar a ser entendida da mesma forma em que o era antes do atual Código Civil. Sintetizaremos alguns dos argumentos que, segundo Mafalda Miranda Barbosa, tornam imprestável a doutrina da causalidade adequada.

Em primeiro lugar, esta doutrina não serve para solucionar todos os problemas que a este nível se colocam, como o da descrição dos *relatas*<sup>153</sup>. Ora, consoante a descrição que se faça dos termos a questionar, a resposta irá variar: “se se perguntar se «é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de uma pessoa», a resposta será, em princípio, negativa. Mas se se perguntar se «é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de um hemofílico em último grau», a resposta pode já ser afirmativa»<sup>154</sup>. Quer isto dizer, a adequação é uma fórmula vazia (*Leerformel*), consoante explicita a doutrina alemã. Por outro lado, existe também o problema de saber qual o ponto de vista a adotar na indagação: “o ponto de vista do sujeito que atuou, o ponto de vista do homem médio ou o ponto de vista do observador ótimo e experiente? E devem ou não ter-se em conta os conhecimentos efetivos do lesante que, em concreto, podem alterar o juízo de prognose a encetar?”<sup>155</sup>. Consoante a resposta que se oferecer, assim podemos ficar presos a uma visão estatística que impede a consideração das especificidades do caso concreto e nos condena a uma forma de positivismo, ou ser remetidos para uma

---

<sup>153</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Sentido e Intencionalidade*, ob. cit., págs. 136 e ss.

<sup>154</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Sentido e Intencionalidade*, ob. cit., págs. 136 e 137.

<sup>155</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Sentido e Intencionalidade*, ob. cit., pág. 137.

subjetivação do critério com possível confusão com a culpa. A causalidade adequada falha também noutras situações. Não oferece resposta satisfatória sempre que esteja em causa a causalidade psicológica, ou seja, sempre que o sujeito atua para levar o lesado ou um terceiro a agir, e nos casos de causalidade cumulativa necessária<sup>156</sup>.

Em segundo lugar, se as diversas normas e critérios do sistema, para serem interpretados, têm de ser remetidos para o caso concreto e para os princípios em que se fundam, significa que “na concretização-interpretação dos diversos pressupostos de procedência de uma pretensão indemnizatória temos de ter em conta os princípios normativos, que nos remetem para o princípio da responsabilidade, a entroncar, em última análise, na ideia de pessoa positivamente livre”<sup>157</sup>. Deste modo, é à luz da pessoalidade livre e responsável que se terá de compreender o nexu causal, pelo que o que se debate não é uma relação causa-efeito, mas sim “a justeza de se imputar objetivamente uma lesão ao comportamento de um sujeito, tido como autor daquela”<sup>158</sup>.

Segundo Mafalda Miranda Barbosa, o fundamento da imputação não pode deixar de se encontrar numa esfera de risco que se assume. Partindo-se do referencial da pessoa humana, matizada pelo dialético encontro entre o *eu* e o *outro*, há que ter em conta a esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros e ainda com a esfera de risco geral da vida<sup>159</sup>. “A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado”<sup>160</sup>. Para que haja imputação objetiva tem de verificar-se a assunção de uma esfera de risco, “donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o germen da sua emergência. Rememorando os fundamentos da responsabilidade civil e chamando à colação o conceito de liberdade positiva, em que nos estribamos, bem como o de acção juridicamente relevante (...) compreendemos facilmente (...) que, ao agir, qualquer sujeito mobiliza uma esfera de responsabilidade, uma vez que esta mais não é do que o correlato axiologicamente natural de uma liberdade que se torna actuante. Violados que sejam determinados deveres de

---

<sup>156</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Sentido e Intencionalidade*, ob. cit., págs. 137 e 138.

<sup>157</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Sentido e Intencionalidade*, ob. cit., pág. 138.

<sup>158</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Sentido e Intencionalidade*, ob. cit., págs. 138 e 139.

<sup>159</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Sentido e Intencionalidade*, ob. cit., pág. 141.

<sup>160</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Sentido e Intencionalidade*, ob. cit., pág. 141; e *Do Nexu de Causalidade ao Nexu de Imputação*, ob. cit., pág. 900.

conduta para com o outro (...) a pessoa actualiza aquela responsabilidade, passando a encabeçar um sucedâneo da *role responsibility*, uma outra esfera de responsabilidade em que a primeira se transforma. Ora, enquanto não se cristaliza, esta responsabilidade firmada a jusante deve ser entendida como uma esfera de risco. No fundo, o agente chama a si o risco de suportar todas as consequências da lesão ou lesões que se venham a verificar”<sup>161</sup>.

Segundo a autora pode afirmar-se que se exclui a imputação nas situações em que o risco não foi criado, quando haja diminuição do risco e quando ocorra um facto fortuito ou de força maior<sup>162</sup>. Sem que isto seja bastante, já que esta esfera de risco/responsabilidade que assim se desenha preliminarmente haverá de ser confrontada com as esferas de risco geral da vida, risco/responsabilidade do lesado e risco/responsabilidade de um terceiro, viabilizando-se, deste modo, um juízo imputacional não monolítico e linear que tem em conta, *ab initio*, eventuais causas alternativas. Daí que Mafalda Miranda Barbosa afirme que as consequências deste entendimento sejam claras na matéria de condicionalidade.

De facto, a construção sistemática que oferece permite à autora concluir que, “para a constatação do envolvimento do evento lesivo na história do surgimento do dano, não temos de recorrer a um qualquer teste assenta na condicionalidade (...). Pelo contrário, podemos chegar à conclusão que a ideia de condicionalidade, como juízo prévio à causalidade, é prescindível a este nível”<sup>163</sup>. É que a densificação das esferas de risco/responsabilidade a que se alude envolve já a determinação do envolvimento do facto/conduta na história de surgimento da lesão; e, por outro lado, a assunção do risco/responsabilidade, ou pela assunção de uma atividade tida por arriscada, ou pela constatada preterição de deveres no tráfego, ao ser entendida à luz de um princípio de responsabilidade viabiliza uma inversão das regras probatórias, com consequências óbvias em sede de causalidade múltipla.

---

<sup>161</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação*, ob. cit., págs. 918 e 919.

<sup>162</sup> Para mais desenvolvimentos vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação*, ob. cit., págs. 936 e ss.

<sup>163</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Sentido e Intencionalidade*, ob. cit., pág. 149.

Assim, nos casos em que se verifica um dano sem que se consiga determinar qual das potenciais causas é que teria causado realmente o dano, o principal argumento a favor da irresponsabilidade dos agentes era a impossibilidade de prova da *condictio sine qua non*. Ora, esta solução tradicional pode ser posta em causa. Em rigor, aliás, a perspetiva clássica permite-nos concluir que as também tradicionais respostas em sede de causalidade virtual acabam por se deixar enredar numa contradição lógica, que não é compatível com o pendor logicista com que vêm imbuídas. Vejamos. Havendo duas causas alternativas incertas, cada uma delas pode ser entendida como causa virtual, em virtude de não se saber qual é realmente a causa real<sup>164</sup>. Se nos mantivermos presos ao sentido tradicional, concluímos que este entra numa contradição entre os seus fundamentos. Como vimos supra, os autores afirmam que a causa virtual não releva positivamente (o autor da causa virtual não responde) e, veremos infra, que também não releva negativamente (o autor da causa real vai responder). Mas, se assim o é, somos confrontados com o seguinte cenário: “não se dá relevância negativa à causalidade hipotética do ponto de vista da fundamentação da responsabilidade, porque se mantém intocável a relação de condicionalidade de facto entre o evento e o dano. Isso significa que, se forem duas as causas hipotéticas, nenhuma conduz à exclusão da responsabilidade do agente da outra. Por outro lado, sendo duas as causas hipotéticas, porque a mera hipótese de dano não funda a responsabilidade, nenhum dos agentes será obrigado ao pagamento de uma indemnização, excluindo-se a relevância positiva. Só que, ao excluir-se a relevância positiva, está-se, do mesmo passo, a afirmar a relevância negativa das duas causas hipotéticas, donde os termos lógicos da equação falham”<sup>165 166</sup>.

Duas soluções se aventam. Ou se insiste na manutenção da pura logicidade da doutrina tradicional inerente aos problemas da causalidade virtual, comprometendo-se a justeza material das suas soluções, ou se abdica dessa logicidade. Ora, renunciando a ela, estaremos a legitimar a prescindibilidade da condicionalidade, tornando-a também

---

<sup>164</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Sentido e Intencionalidade*, ob. cit., pág. 149.

<sup>165</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Sentido e Intencionalidade*, ob. cit., pág. 150.

<sup>166</sup> Para mais desenvolvimentos sobre as diversas críticas que a autora elenca sobre a solução tradicional fornecida para o problema da causa virtual, vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação*, ob. cit., págs. 1175 e ss.

irrelevante do ponto de vista da causalidade concorrente<sup>167</sup>. Basta alterar a perspectiva, ou seja, terá de partir-se, não da *conditio*, mas sim da edificação de uma esfera de responsabilidade. “Se ela se erige polarizada em mais do que um agente, então duas são as vias heurísticamente a considerar: ou uma das esferas consome a outra e só um é responsável; ou nenhuma delas exerce uma força consumptiva sobre a outra, havendo lugar à responsabilidade solidária nos termos do artigo 497. CC. (...) Quando A e B disparam sobre C, podem não ter causado a morte de C em conjunto, mas, na dúvida, ambos edificaram uma esfera de responsabilidade, por ela sendo chamados à liça. É ela e não a factualidade neutral que é ajuizada pelo direito. Não é, portanto, uma tomada de posição acerca da questão da relevância positiva da causalidade virtual que entra em cena. Em rigor, a dita virtualidade nem chega a ser, aos nossos olhos, tematizada”<sup>168</sup>.

Assim sendo, afastando a tradicional solução dada ao problema da causalidade virtual e resolvendo-a através da assunção de esferas de risco, a autora não atribui qualquer efeito punitivo às causas que o pensamento tradicional intitulava de relevância positiva da causa virtual, sendo todo este entendimento de aplaudir. O sentido é, ainda e sempre, responsabilizatório, na medida em que o que está em causa é a atualização da liberdade do lesante. Ou seja, perspectiva-se uma finalidade sancionatória que não se confunde com uma finalidade punitiva estrita, a autorizar que os montantes indemnizatórios sejam fixados acima do dano. Como veremos infra, tais montantes indemnizatórios não ultrapassam o valor do dano realmente causado.

#### 1.4.3.2. Causa virtual e teoria da diferença - um caso de finalidade punitiva?

No ponto anterior, concluímos que o autor da causa virtual não responde civilmente, pelo que, nesse âmbito, não está subjacente à causa virtual qualquer finalidade punitiva. Resta agora perceber se o autor da causa real será chamado a responder e em que medida o irá fazer. Por outras palavras, iremos tratar do problema da relevância negativa da causalidade virtual e da fixação da indemnização.

---

<sup>167</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Sentido e Intencionalidade*, ob. cit., pág. 150.

<sup>168</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Sentido e Intencionalidade*, ob. cit., págs. 150 e 151.

O problema da relevância negativa da causa virtual tem suscitado maiores dúvidas na doutrina portuguesa. Porém, a generalidade da doutrina nacional pronuncia-se no sentido da irrelevância da mesma<sup>169 170</sup>. No entanto, o Código Civil dispõe de algumas normas que permitem o autor real da causa eximir-se da obrigação de indemnização se provar que os danos se teriam igualmente produzido, ou seja, o legislador consagrou diversas situações em que a causa virtual releva negativamente: art. 491º - as pessoas obrigadas à vigilância de outrem podem eximir-se da responsabilidade se mostrarem que os danos se teriam produzido ainda que tivessem cumprido o dever de vigilância; art. 492º - o proprietário ou possuidor de edifício ou outra obra que ruir por vício de construção ou defeito de conservação pode afastar a responsabilidade se provar que, mesmo com a diligência devida, não se teriam evitado os danos; art. 493º - o responsável por danos causados por animais ou coisas que estejam à sua guarda pode eximir-se da responsabilidade se provar que os danos se teriam igualmente produzido ainda que houvesse culpa sua; art. 1136º/2 – quando o comodatário tiver aplicado a coisa emprestada a fim diverso daquele a que a coisa se destina, ou tiver consentido que terceiro a use sem para isso estar autorizado, será responsável pela perda ou deterioração, mas pode afastar a responsabilidade se provar que ela teria igualmente ocorrido sem a sua conduta ilegal; e, no caso de responsabilidade contratual, o artigo 807º, nº 2 – o devedor que esteja em mora pode exonerar-se da obrigação de indemnizar se provar que o credor teria sofrido igualmente os danos mesmo que a obrigação tivesse sido cumprida. Porém, a doutrina

---

<sup>169</sup> Vd. Francisco Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., págs. 5 e ss.; *Obrigações (Aditamentos)*, Coimbra, Secção de Textos, 1960, págs. 499 e ss. (em especial 501); Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, ob. cit., págs. 417 e ss.; Manuel Domingues de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações (com a colaboração de Rui Alarcão)*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 1966, págs. 370 a 373; Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, ob. cit., págs. 314 e 315; Pedro Romano Martinez, *Direito das Obrigações*, ob. cit., págs. 114 e ss.; Jorge Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, Vol. I, (reimpressão), Coimbra, Almedina, 2003, págs. 477, 478, 494 e 495. Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª edição (revista e atualizada), Coimbra Editora, 1987, pág. 584. José Alberto González, *Responsabilidade Civil*, 2ª edição, Quid Juris, 2009, pág. 94; Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., págs. 929 e ss.; e Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., págs. 768, 769, 780 e 781.

<sup>170</sup> Tendo em conta o objeto central do nosso estudo, não iremos desenvolver todos os argumentos que os autores aduzem para a defesa da não relevância negativa da causa virtual. Para desenvolvimentos sobre o tema, vd. Francisco Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., págs. 113 e ss.

maioritária em Portugal salienta que estes casos em que o Código afirma a tese da relevância negativa são excepcionais<sup>171</sup>.

No ordenamento jurídico português, alguns autores atribuem uma finalidade punitiva à responsabilidade civil, por força causalidade virtual, tendo por base a teoria da diferença plasmada no artigo 566º do Código Civil e relacionando-a com a irrelevância da causa virtual.

O número 2 do artigo 566º do Código Civil dispõe que “sem prejuízo do preceituado noutras disposições a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos”. O artigo institui, assim, a denominada teoria da diferença.

Fazendo uma interpretação de dano como diferença de património, alguns autores, ao afirmarem a não relevância negativa da causa virtual, afirmam também que lhe está subjacente uma finalidade punitiva. Pereira Coelho, *v.g.*, diz que no nosso ordenamento jurídico o legislador consagrou o conceito de dano como diferença no património, mas “aceitando, em regra, a irrelevância da causa virtual, não terá tirado todas as consequências lógicas da «teoria da diferença» e do pensamento, em que ela se baseia, da função puramente reparadora ou compensadora da obrigação de indemnizar. Na verdade, a subsistência da obrigação de indemnizar apesar da causa hipotética é um resultado que está para além deste pensamento; a obrigação de indemnizar *não visa, não pode visar aí um fim*

---

<sup>171</sup> Vd. José Alberto González, *Responsabilidade Civil*, 2ª edição, Quid Juris, 2009, pág. 94; Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, ob. cit., págs. 315; Jorge Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, Vol. I, ob. cit., 2003, págs. 478, 494 e 495; Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, 2º Vol., reimpressão, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, pág. 422, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., págs. 769, 770 e 781; Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, ob. cit., págs. 420 e ss.; Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, ob. cit., pág. 584; Pedro Romano Martinez, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 115. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., págs. 617 a 620, 832 e 833; Por outro lado, Henrique Sousa Antunes afirma que subjacente ao artigo 491º e “em virtude de uma interpretação restritiva do preceito, não há atribuição de relevância negativa `causa virtual, ao arrepio de uma orientação pacífica da doutrina”: Vd. Henrique Sousa Antunes, *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2000, págs. 272 e ss..

Pereira Coelho afirma que nestes casos a posição do obrigado a indemnizar é duplamente agravada: Francisco Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., págs. 8 e ss. Vd. também José Alberto González, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., pág. 94.

*de compensação do dano pois não há aí um dano como diferença no património, não é uma ideia de compensação mas uma ideia de sanção que explica um tal resultado*<sup>172</sup>.

Ora vejamos. Se levarmos em linha de conta que o artigo 566º CC manda atender à diferença entre a situação patrimonial do lesado e à situação em que estaria se não tivesse existido a lesão, em termos logicistas, retiramos a conclusão de que, nos casos em que existe uma causa virtual que teria produzido o mesmo resultado, se não tivesse ocorrido a causa que originou o dano, não haveria qualquer diferença no património do lesado, uma vez que a situação em que este estaria se não existissem danos era a mesma da situação atual. Assim, ao chamar o autor da causa real a responder, ou seja, não atribuindo relevância negativa à causa virtual, está-se a condenar o lesante a indemnizar uma pessoa em um montante superior ao dano calculado nos termos do artigo 566º, o que constituirá um meio de punição.

Curioso é o pensamento de Esser que considera que a causa virtual releva negativamente. Antunes Varela expõe o pensamento do autor: “se a reparação do dano houver de fazer-se mediante *reconstituição natural*, a causa virtual do dano não releva. Se, porém, não houver lugar à reconstituição natural, a causa virtual do dano já releva, porque a indemnização pecuniária se mede pela diferença entre a *situação real presente* e a *situação hipotética actual*, e na construção ideal desta não pode deixar de tomar-se em linha de conta a causa virtual do dano”<sup>173</sup>. Porém, Antunes varela critica a posição, uma vez que “repugna ao sentimento mais elementar de justiça, na medida em que nela não encontra suficiente repercussão a função *sancionatória* do ou *preventiva* da indemnização, que abertamente inspira o disposto no artigo 494º do Código português”<sup>174</sup>. O insigne civilista acrescenta ainda que os termos em que a teoria da diferença se encontra consagrada no direito português não impõem a consagração da relevância negativa da causa virtual, como nos dizia Esser: “a situação hipotética, a que a lei manda recorrer para o efeito, não é a que o lesado teria *se não fosse o facto*, mas a que ele teria, *se não existissem danos*. Com a primeira fórmula, poderiam incluir-se na situação hipotética

---

<sup>172</sup> Cfr. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Problema da Causa Virtual*, ob. cit., pág. 218 a 220 (em especial pág. 218. Vd. também págs. 5 e 6 da mesma obra)

<sup>173</sup> Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., pág. 934.

<sup>174</sup> Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., pág. 934. Quanto à alegada finalidade punitiva e sancionatória do artigo 494º CC vd. suporá ponto 1.2.4.2.



actual os danos sofridos, sempre que uma causa virtual os devesse ter produzido antes da sentença judicial; a fórmula adoptada, afastando sistematicamente os danos sofridos, impede a relevância da causa virtual. Quer isto dizer que, uma vez definidos os danos de que o facto foi causa adequada, esses danos não podem deixar de ser tomados em conta no apuramento da situação hipotética actual, que constitui um dos termos da diferença pela qual se mede o valor da indemnização”<sup>175</sup>. Com apelo a uma prossecução de finalidades preventiva e punitiva da responsabilidade civil, Menezes Leitão também afirma a irrelevância negativa da causa virtual: “verificando-se a imputação delitual de um facto ao agente, naturalmente que ele há de responder pelos danos causados (483º), não prevendo a lei como regra geral que essa responsabilidade seja perturbada pela causa virtual, o que se afiguraria absurdo face às funções preventivas e punitivas prosseguidas na responsabilidade delitual”<sup>176 177</sup>.

No entanto a questão pode ser perspectivada de outro modo.

Uma diversa interpretação da teoria da diferença foi proposta por Mafalda Miranda Barbosa. Com ela tendemos a concordar, importando, por isso, analisá-la.

É inerente a qualquer direito subjetivo absoluto uma nota de utilidade. Quando existe a intervenção de um terceiro que não permita realizar a utilidade em questão, desenha-se um dano. “Este importa a consideração da repercussão que a lesão teve, já não no titular abstractamente configurado, mas na esfera da pessoa realmente lesada, uma vez que esse impacto é variável”<sup>178</sup>. Segundo a autora, “podemos configurar duas esferas. Uma esfera de utilidade geral – traduzida no valor patrimonial do bem objecto do direito e, mais especificamente, compreendida pela análise das diversas faculdades inerentes ao conteúdo do direito – e uma esfera de utilidade particular – colimada naquilo que concreto titular da

---

<sup>175</sup> Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., pág. 935. Vd. também Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, ob. cit., págs. 418 e ss.

<sup>176</sup> Cfr. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, ob. cit., pág. 315

<sup>177</sup> Por outro lado, Menezes Cordeiro é de opinião que a tese que se deve defender é a da irrelevância negativa, uma vez que, sendo o escopo da responsabilidade civil a reparação de danos, essa finalidade é melhor conseguida através da não relevância negativa: “o escopo da responsabilidade civil é a reparação de danos. Ora essa finalidade é melhor conseguida através da irrelevância negativa uma vez que, a ser outra a solução, proliferariam os danos sem qualquer ressarcimento”. Cfr. Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, 2º Vol., ob. cit., pág. 423.

<sup>178</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação*, ob. cit., pág. 1402.

posição subjectiva absoluta, dentro do primeiro círculo definido, se propõe realizar. Com base no cotejo destas duas esferas podemos encontrar a essência do que é o dano. E mais do que encontrar a essência do que é o dano, podemos encontrar aqui um critério de recondução dos danos subsequentes – dos segundos danos – ao dano evento (dano primário ou violação do direito subjectivo que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, assume uma posição charneira em toda a questão imputacional)<sup>179</sup>. A partir dele conseguimos, de facto, saber em que medida o que a pessoa perdeu ou aquilo que deixou de ganhar se inscreve ou não na esfera do direito cuja lesão já tinha sido imputada a um determinado sujeito”<sup>180</sup>.

Uma das questões que justificou um olhar crítico sobre a teoria da diferença foi precisamente a questão da relevância da causa virtual. Ora, este critério acabou por fornecer um conceito inadequado de dano e um método insuficiente para a sua determinação escondendo as considerações teleológicas ou valorativas decisivas, “ao omitir a consideração do *ponto de partida* das situações jurídicas a comparar, e sobretudo – pois este é que é o seu «pecado mortal» ao querer aprisionar a *riqueza e diversidade das considerações* decisivas para a determinação do dano numa operação meramente lógica ou matemática”<sup>181</sup>. Mafalda Miranda Barbosa afirma que é ao impor-se a comparação de situações patrimoniais globais que o jurista esbarra desde logo em dificuldades acrescidas, entre as quais o problema da causalidade. Ora, considerando a estrutura que se definiu quanto às duas esferas em torno dos direitos absolutos, consegue-se delimitar quais as coordenadas básicas da determinação da indemnização<sup>182</sup> e, assim, deixa de ter qualquer razão de ser o problema da causa virtual que, como vimos, surge para parte de diversos autores como decorrência da teoria da diferença.

---

<sup>179</sup> Para a autora, o nexa de causalidade tem uma natureza binária. Lado a lado concorrem a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade. Enquanto a primeira liga o comportamento do agente à lesão do direito ou interesse protegido, a segunda liga a lesão do direito ou interesse protegido aos danos consequenciais (segundo dano verificado). Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Perda de Valor (Desvalorização) de um Bem e Responsabilidade Civil*, in *Revista de Direito Civil*, Ano II (2017), 4, pág. 864.

<sup>180</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Do Nexa de Causalidade ao Nexa de Imputação*, ob. cit., págs. 1403 e 1404.

<sup>181</sup> Cfr. Paulo Mota Pinto, *Interesse Contratual Negativo*, Vol. I, ob. cit., pág. 810.

<sup>182</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Do Nexa de Causalidade ao Nexa de Imputação*, ob. cit., pág. 1405.

Vistas as coisas desta forma, resta apenas saber qual a situação que existira se não fossem os danos. Essa situação será oferecida através do valor objetivo dos bens lesados (utilidade que o titular do direito subjetivo dele pode retirar, em geral e abstratamente). Comparada com a situação atual, oferece-nos o montante do dano indenizável<sup>183</sup>.

A doutrina tradicional vai no sentido da não relevância da causalidade hipotética para afeitos do cálculo do dano a indenizar e, uma vez solucionado o problema da causalidade, estaria resolvida aquela questão, visto que se deveria ressarcir o dano até onde a causalidade do facto se estenda<sup>184</sup>. Mas a perspectiva agora em causa é outra. Será com base nas “possibilidades abertas pela esfera delimitada por cada direito subjectivo que os danos consequenciais, os segundos danos, se não-de reconduzir ao concreto direito violado<sup>185</sup>. Só uma vez cumprido este juízo, estaremos em condições de determinar o *quantum* indemnizatório. Ora, nessa recondução do dano consequência ao dano evento – à lesão do direito tutelado *erga omnes* -, estamos desonerados, exactamente porque o *prius* de abordagem da nossa problemática é aquela posição subjectivamente vantajosa. Tal desoneração traduzir-se-á, na prática, quer na irrelevância da causalidade virtual para este efeito, quer na própria prescindibilidade de um juízo de adequação entre o dano e o comportamento do agente (a ser substituído por um juízo de pertinência do dano ao círculo de utilidades disponibilizadas pelo bem preterido)”<sup>186</sup>.

Segundo a doutrina tradicional, independentemente da posição tomada quanto à relevância ou irrelevância da causa virtual, teria sempre de considerar-se esta causa, uma vez que a teoria da diferença reclamaria levar em conta a diferença entre os patrimónios. No entanto, basta que não se olhe para a globalidade do património (atual e hipotético) do lesado, mas sim para as esferas de utilidade desenhadas em torno do direito absoluto: “a comparação é agora feita entre o que o direito subjectivo absoluto possibilitaria e o que, de facto, ele possibilita, uma vez lesado. E aqui há um duplo juízo que deve ser levado a cabo.

---

<sup>183</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação*, ob. cit., pág. 1408.

<sup>184</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação*, ob. cit., pág. 1409.

<sup>185</sup> Embora de forma não coincidente, a dicotomia dano evento e dano subsequente é semelhante à lição tradicional que cinde dano real e dano patrimonial, respetivamente. Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação*, ob. cit., pág. 1404.

<sup>186</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação*, ob. cit., págs. 1410 e 1411.

Primeiro, há que saber se a utilidade que o lesado invoca se integra ou não dentro das potencialidade inerentes ao conteúdo do direito preterido; em segundo lugar há que estabelecer uma subtracção entre o que o lesado teria, dispondo de tal utilidade, e o que tem agora”<sup>187</sup>. Ora, a situação que o lesado teria se não existissem os danos seria a “situação decorrente da plena realização do seu interesse, para o que se deverá atender às circunstâncias concretas detidas pelo titular do direito”<sup>188</sup>.

Dispensa-se, assim, um novo olhar sobre a fórmula da diferença consagrada no artigo 566º CC. A causalidade virtual deixa de ser questionada<sup>189</sup>.

Com este pequeno excursus julgamos ter afastado do problema da causa virtual qualquer indício de finalidades punitivas, finalidades essas que os autores tendem a advogar.

#### 1.4.4. Danos Ambientais e Dano Ecológico

Outro dos argumentos que os autores utilizam na defesa de uma finalidade preventiva-punitiva da responsabilidade civil é o facto de existirem danos cuja determinação e quantificação é bastante complexa, como os danos ambientais. Neste capítulo iremos descobrir se a indemnização subjacente aos danos ambientais e aos danos ecológicos cumpre uma finalidade punitiva.

---

<sup>187</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação*, ob. cit., págs. 1415 e 1416.

<sup>188</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação*, ob. cit., págs. 1410 e 1417 e 1418.

Há que, contudo, ser cautelosos e não correr o risco de funcionalização do direito pelo que, por um lado, deve-se olhar para as faculdades inerentes ao direito subjetivo em causa e, por outro, olhar para o interesse concreto do lesado, para concluirmos se a utilidade perdida se integra ou não no círculo de utilidade potenciadas pelo direito. Pode acontecer que o lesado tenha um interesse específico que ultrapasse a utilização normal que se faz do bem. Mas, caso não ultrapasse as faculdades inerentes ao conteúdo do direito, não pode deixar de ser vista como um dano reconduzível ao evento lesivo. Deste modo, “a ponderação probabilística típica do critério da adequação cede lugar a um juízo funcional de pertinência à esfera de influência do direito”. “A própria determinação da existência do dano deve fazer apelo ao impacto que a preterição de uma utilidade tem na esfera do lesado. Ou seja, não basta saber se o dano se integra, ou não, na esfera de potencialidades abertas pela titularidade do direito, havendo de aferir qual a efectiva utilização que o lesado lhe tinha destinado. É esta intersecção de interesses – objectivamente considerado e subjectivamente titulado – que nos oferecerá os contornos do dano indemnizável”. Vd. Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação*, ob. cit., págs. 1421 a 1424.

<sup>189</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação*, ob. cit., pág. 1418.

Em primeiro lugar, começaremos por definir os interesses que estão em jogo. Segundo Miguel Teixeira de Sousa, os interesses difusos podem ser definidos como “aqueles que pertencem a todos e a cada um dos membros de uma comunidade, de um grupo ou de uma classe, sendo, no entanto, insusceptíveis de apropriação individual por qualquer desses sujeitos”<sup>190</sup>. Os bens jurídicos a que estes interesses se referem são de todos e não podem ser atribuídos a ninguém exclusivamente<sup>191</sup>.

Os interesses difusos compreendem três modalidades: interesses difusos *stricto sensu*, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos. Os primeiros referem-se a bens públicos (na acepção económica da expressão), ou seja, a bens que só podem ser gozados numa dimensão colectiva<sup>192</sup>, como por exemplo, o interesse das pessoas na qualidade do ar. A lesão de apenas um dos titulares do interesse implica a lesão da inteira coletividade. Os interesses englobados nesta primeira categoria referem-se, assim, a bens de que todos podem gozar sem originar conflitos com outros interessados, cujo desfrute por um interessado não pode ser excluído e que nenhum interessado pode tornar exclusivo de si próprio<sup>193</sup>. Os segundos são “os interesses que incidem sobre bens privados de uma pluralidade de sujeitos que, por qualquer circunstância, podem ser defendidos conjuntamente”<sup>194</sup>. Isto é, os interesses coletivos “agrupam os interesses paralelos de cada um dos titulares de bens privados, pelo que eles são colectivos, não porque constituam uma realidade diferente da soma de vários interesses individuais, mas porque podem beneficiar de uma defesa colectiva”<sup>195</sup>. Por último, os interesses individuais homogêneos são “a refração [*dos anteriores*] na esfera de cada um dos seus titulares, ou seja, são a

---

<sup>190</sup> Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos no Direito Português*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 6, 2004, pág. 280; e *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lisboa, Lex, 2003, pág. 23.

Para uma distinção entre interesses difusos e interesses públicos, vd. Miguel Teixeira de Sousa, *A Tutela Jurisdicional*, ob. cit., pág. 282 e 283.

<sup>191</sup> Os interesses difusos “concretizam-se em situações subjectivas individuais, mas cada indivíduo é titular, não de uma parcela do interesse, mas do mesmo interesse de que é titular qualquer outro membro do grupo ou classe. Por isso, apesar de os interesses difusos serem atribuídos aos vários membros de um grupo ou de uma classe, entre eles não se verifica qualquer relação de contitularidade, pois que esses interesses não são divididos ou repartidos por aqueles sujeitos”. Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *A Legitimidade*, ob. cit., pág. 23.

<sup>192</sup> Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *A Legitimidade*, ob. cit., pág. 46; e *A Tutela Jurisdicional*, ob. cit., pág. 284.

<sup>193</sup> Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *A Legitimidade*, ob. cit., pág. 46.

<sup>194</sup> Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *A Tutela Jurisdicional*, ob. cit., págs. 284 e 285.

<sup>195</sup> Vd. Miguel Teixeira de Sousa, *A Legitimidade*, ob. cit., págs. 47 e ss. (em especial 49 e 50).

concretização dos interesses difusos *stricto sensu* e dos interesses colectivos na esfera dos indivíduos”<sup>196</sup>.

Segundo o artigo 52º/3/a) da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), “é conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para: a) promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural”. Esta disposição protege os interesses difusos nas suas diversas modalidades. Do mesmo modo, no que toca à ação popular, o número 2 do artigo 1º da Lei 83/95 de 31 de Agosto dispõe que são “designadamente interesses protegidos pela presente lei a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público”. Todos estes interesses correspondem aos interesses previstos na CRP.

Paula Meira Lourenço, no sentido de atribuir um sentido punitivo à responsabilidade civil, afirma que existe uma série de danos cuja determinação e quantificação se torna bastante complexa, senão mesmo impossível, sendo necessário punir o lesante pela sua prática e prevenir futuros comportamentos danosos. Estes danos merecem a qualificação de danos difusos, de que são paradigmáticos os danos ambientais<sup>197</sup>. cremos que o argumento padece de diversas fragilidades. Vejamos.

Começemos, em primeiro lugar, por distinguir os conceitos de dano ecológico de dano ambiental.

Antes da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 147/2008, de 29 de Julho, que transpôs a Diretiva 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril, que regula a responsabilidade civil ambiental, o nosso ordenamento jurídico não autonomizava os conceitos de dano ecológico<sup>198</sup> e dano ambiental<sup>199</sup>. Segundo o

---

<sup>196</sup> Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *A Tutela Jurisdicional*, ob. cit., pág. 285; e *A Legitimidade*, ob. cit., pág. 53.

<sup>197</sup> Vd. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., págs. 18 e ss.

<sup>198</sup> José Cunhal Sendim, ainda antes da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 147/2008, de 29 de Julho, autonomizou os conceitos de dano ao ambiente e dano ecológico. Segundo o autor, o dano ao

preâmbulo deste DL, “existe um dano ecológico quando um bem jurídico ecológico é perturbado, ou quando um determinado estado-dever de um componente do ambiente é alterado negativamente”<sup>200</sup>. Ora, um dano ecológico é um dano que atinge o ambiente em si mesmo. O mesmo parece dizer o artigo 11º/1/d) do Decreto-Lei, em que se entende por “danos” a “alteração adversa mensurável de um recurso natural ou a deterioração mensurável do serviço de um recurso natural que ocorram directa ou indirectamente”, sendo que para efeitos do diploma se consideram “danos ambientais”, *rectius* ecológicos, todos os danos causados à água, solo e às espécies e habitats protegidos pelo ordenamento nacional (art. 11º/1/e/i/ii/iii)<sup>201</sup>.

Por sua vez, os danos ambientais são os que “sacrificam bens jurídicos individuais através da lesão de uma componente ambiental”<sup>202</sup>. Tratam-se, pois, de danos

---

ambiente é a “perturbação do estado do ambiente determinado pelo sistema jurídico-ambiental, [*podendo*] entender-se - em termos gerais - o prejuízo ao ambiente como a perturbação, através de um componente ambiental, do ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado” (Cfr. José Cunhal Sendim, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos: Da Reparação do Dano através de Restauração Natural*, Coimbra Editora, 1998, pág. 129; e *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos*, Almedina, 2002, págs. 34 e 35). Esta noção ampla de dano ao ambiente corresponde a uma configuração do ambiente como bem jurídico unitário, integrando bens jurídicos ecológicos e bens culturais (Vd., para mais desenvolvimentos, José Cunhal Sendim, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos: Da Reparação*, ob. cit., págs. 104 e ss.). No entanto, apesar destes bens poderem ser considerados através de uma perspectiva unitária, são substancialmente diversos, pelo que o autor autonomiza da noção ampla do dano ao ambiente o conceito de dano ecológico (Vd. José Cunhal Sendim, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos: Da Reparação*, ob. cit., págs. 129 e 130). O dano ecológico pode caracterizar-se tendencialmente, como “uma perturbação do património natural – enquanto conjunto dos recursos bióticos (seres vivos) e abióticos e da sua interação – que afecte a capacidade funcional ecológica e a capacidade de aproveitamento humano de tais bens tutelada pelo sistema jurídico-ambiental”: Vd. José Cunhal Sendim, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos: Da Reparação*, ob. cit., pág. 130; e *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos*, ob. cit., pág. 35.

<sup>199</sup> O preâmbulo do diploma demonstra expressamente esta falha: “Durante muitos anos a problemática da responsabilidade ambiental foi considerada na perspectiva do dano causado às pessoas e às coisas. O problema central consistia na reparação dos danos subsequentes às perturbações ambientais - ou seja, dos danos sofridos por determinada pessoa nos seus bens jurídicos da personalidade ou nos seus bens patrimoniais como consequência da contaminação do ambiente. Com o tempo, todavia, a progressiva consolidação do Estado de direito ambiental determinou a autonomização de um novo conceito de danos causados à natureza em si, ao património natural e aos fundamentos naturais da vida. A esta realidade foram atribuídas várias designações nem sempre coincidentes: dano ecológico puro; dano ecológico propriamente dito; danos causados ao ambiente; danos no ambiente”.

<sup>200</sup> Vd. Carla Amado Gomes, *A Responsabilidade Civil por Dano Ecológico. Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo Decreto-Lei nº 147/2008, de 29 de Julho*, in *O Direito*, Ano 141º (2009), I, págs. 130 e ss.

<sup>201</sup> Vd. Carla Amado Gomes, *A Responsabilidade Civil por Dano Ecológico*, ob. cit., págs. 137 e 138.

<sup>202</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Da Causalidade à Imputação Objetiva na Responsabilidade Ambiental*, in *Atas do Colóquio de Homenagem ao Senhor Professor Doutor Adriano Vaz Serra realizado em 27 de Fevereiro de 2015*, Coimbra, 2015, pág. 87.

provocados às pessoas e aos bens por perturbações ambientais, sendo, por isso, danos indiretos<sup>203</sup>.

Paula Meira Lourenço afirma que a ampla difusão deste tipo de danos reflete-se na incerteza de identificação dos lesados, o que permite concluir que o custo social deste tipo de lesões será sempre superior ao dano sofrido por cada indivíduo considerado individualmente, pelo que se justifica a tutela inibitória e a legitimidade ativa das associações e fundações defensoras do ambiente (art. 31º Código Processo Civil, doravante CPC). Assim, a autora é de opinião que “a procedência dos pedidos deduzidos nas acções de responsabilidade civil por danos difusos origina a condenação do autor do ilícito no pagamento de uma quantia pecuniária, erroneamente chamada de «indenização», pois não visa reparar tal dano de acordo com o critério clássico, inadequado ao dano ambiental”<sup>204</sup>. Mais aduz que um dos princípios específicos da Lei de Bases do Ambiente (Lei 11/87, de 07 de Abril), entretanto revogada pela Lei 19/2014, de 14 de Abril, que define as bases da política do ambiente, era o princípio do poluidor-pagador, ou seja, em que o poluidor era “obrigado a corrigir ou recuperar o ambiente, suportando os encargos daí resultantes, não lhe sendo permitido continuar a acção poluente”<sup>205</sup> (alínea a) do artigo 3º). Assim sendo, “o princípio da prevenção afasta o dogma da função exclusivamente reparadora da responsabilidade civil”, assumindo a indenização um papel de uma pena, consubstanciando este instituto, através das suas funções punitiva e preventiva, uma solução apta para a resolução dos problemas que surgem em matéria do direito do ambiente<sup>206</sup>.

Não podemos concordar com esta posição.

---

<sup>203</sup> Cfr. José Cunhal Sendim, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos: Da Reparação*, ob. cit., pág. 133; e *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos*, ob. cit., pág. 37.

O preâmbulo do Decreto-Lei fornece também uma definição de danos ambientais, quando afirma que antigamente a preocupação do domínio da responsabilidade ambiental era a perspectiva dos danos causados às pessoas e às coisas: “(...) danos subsequentes às perturbações ambientais - ou seja, dos danos sofridos por determinada pessoa nos seus bens jurídicos da personalidade ou nos seus bens patrimoniais como consequência da contaminação do ambiente”.

<sup>204</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., págs. 18 e 19.

<sup>205</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., pág. 322.

A lei que procedeu à revogação da Lei de Bases do Ambiente consagra este mesmo princípio no seu artigo 3º, alínea e). Segundo a sua redacção atual, o princípio do poluidor-pagador “obriga o responsável pela poluição a assumir os custos tanto da atividade poluente como da introdução de medidas internas de prevenção e controle necessárias para combater as ameaças e agressões ao ambiente”.

<sup>206</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., pág. 323.



O Decreto-Lei nº 147/2008, de 29 de Julho, que transpôs a Diretiva 2004/35/CE, consagra o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais, pelo que, nos próximos parágrafos faremos uma análise a estes diplomas.

O Preâmbulo da Diretiva 2004/35/CE começa por afirmar que prevenir e reparar quanto possível os danos ambientais contribui para a concretização dos objetivos e princípios da política do ambiente da Comunidade e que esta reparação e prevenção devem ser feitos segundo o princípio do poluidor-pagador. Será que a responsabilidade civil tem, afinal, uma finalidade preventiva e punitiva?

Em primeiro lugar, é necessário esclarecer qual o âmbito de aplicação da Diretiva. Com base no seu artigo 2º/1 a diretiva circunscreve os ditos “danos ambientais” aos danos causados às espécies e habitats protegidos, à água e ao solo, deixando os Estados com a possibilidade de alargar o seu âmbito de aplicação. Por sua vez, o Considerando 14 do Preâmbulo estabelece uma exclusão do âmbito de aplicação da diretiva: “a presente diretiva não é aplicável aos casos de danos pessoais, de danos à propriedade privada ou de prejuízo económico e não prejudica quaisquer direitos inerentes a danos desse tipo”. No mesmo sentido milita o artigo 3º/3 da Diretiva: “sem prejuízo da legislação nacional aplicável, a presente diretiva não confere aos particulares o direito a compensação na sequência de danos ambientais ou de ameaça iminente desses danos”.

No decorrer do presente capítulo explicitámos o que se entendia por dano ambiental e por dano ecológico. Como se pode ver, a Diretiva utiliza o termo “Danos Ambientais” quando, verdadeiramente, o que está em causa são Danos Ecológicos. Este diploma apenas se aplica ao dano ecológico, pelo que, adiantando o que se irá analisar infra, a reparação dos danos infligidos à pessoa ou à propriedade, i.e., danos ambientais, reger-se-á pelos princípios gerais da responsabilidade civil<sup>207</sup>.

Esta Diretiva foi transposta para o ordenamento jurídico pelo DL nº 147/2008, de 29 de Julho. No entanto, este diploma padece do mesmo problema. Ao enumerar os diversos “danos ambientais”, o que está a fazer, verdadeiramente, é a enunciar danos

---

<sup>207</sup> No mesmo sentido, cfr. Carla Amado Gomes, *A Responsabilidade Civil por Dano Ecológico*, ob. cit., pág. 133.

ecológicos<sup>208</sup>. Neste sentido, segundo Carla Amado Gomes “este diploma constitui actualmente o diploma aplicável em sede de prevenção e reparação de *dano ecológico* e só deste”<sup>209</sup>.

Tendo em conta estas considerações, será que o Regime Jurídico da Responsabilidade por Danos Ambientais (DL n° 147/2008, de 29 de Julho) confere uma finalidade preventiva e punitiva à responsabilidade civil?

Este regime tem por base uma alargada compreensão de responsabilidade, uma vez que esta se verifica sem ter ocorrido qualquer dano, conceção essa justificada pelo princípio da prevenção, visto que, no que concerne aos *danos ecológicos*, as lesões aos bens naturais poderão revelar-se irreversíveis (sobretudo quando os bens naturais não são regeneráveis)<sup>210</sup>. O mesmo encontra-se positivado no artigo 14° que nos diz que “quando se verificar uma ameaça iminente de danos ambientais o operador responsável nos termos dos artigos 12.º e 13.º do presente decreto-lei adopta, imediata e independentemente de notificação, requerimento ou acto administrativo prévio, as medidas de prevenção necessárias e adequadas”, sendo que o não cumprimento do disposto do capítulo III do DL irá desencadear a aplicação de coimas e, eventualmente, a aplicação de outras sanções acessórias.

Ao estabelecer obrigações de prevenção e reparação na secção do II do Capítulo III, o legislador está a impor sanções de cunho preventivo-punitivo para o operador responsável nos termos dos artigos 12° e 13°. Estamos, de facto, perante uma responsabilidade que tem por finalidade a punição e a prevenção de comportamentos lesivos. Teixeira de Sousa<sup>211</sup> também afirma que “na área do ambiente são manifestas as dificuldades de quantificar os prejuízos causados num ecossistema, porque muitos dos vários componentes naturais e humanos que o compõem (...) não possuem qualquer valor de mercado ou pertencem ao domínio público. Na falta de um valor comercial dos bens

---

<sup>208</sup> Para um aprofundamento do âmbito de aplicação do presente Decreto-Lei, vd. Carla Amado Gomes, *A Responsabilidade Civil por Dano Ecológico*, ob. cit., págs. 138 a 140.

<sup>209</sup> Cfr. Carla Amado Gomes, *A Responsabilidade Civil por Dano Ecológico*, ob. cit., pág. 133. Porém, a autora alerta para o facto de que o dano ao componente “solo”, na sequência da diretiva, só revela enquanto fonte de risco para a saúde humana, conforme art. 11º/e)/iii).

<sup>210</sup> Cfr. Carla Amado Gomes, *A Responsabilidade Civil por Dano Ecológico*, ob. cit., pág. 140.

<sup>211</sup> Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *A Tutela Jurisdicional*, ob. cit., pág. 296; e *A Legitimidade Popular*, ob. cit., pág. 167

ecológicos, poder-se-ia procurar avaliar o dano provocado no ambiente através da medida dos interesses que foram frustrados e das despesas necessárias para o evitar, mas é discutível que as utilidades frustradas sejam mais facilmente quantificáveis do que os prejuízos causados, porque a conservação de um ecossistema é fundamental (...). Sendo assim, especialmente porque se procura obter um certo efeito preventivo, também é difícil fugir a atribuir algum carácter punitivo à indemnização de danos ecológicos”.

No entanto, as sanções previstas neste diploma configuram, verdadeiramente, uma hipótese de responsabilidade administrativa, como indica a denominação do capítulo III: “Responsabilidade administrativa pela prevenção e reparação de danos ambientais”<sup>212</sup>. Os danos ecológicos não são os danos que se repercutem na esfera individual de indivíduos concretos. Estes danos são danos sociais. Os meios adequados para tutelar estas situações são a imposição de sanções administrativas que nada têm relacionado com o instituto da responsabilidade civil. Isto significa que as sanções previstas neste capítulo não atribuem qualquer finalidade punitiva ou preventiva à responsabilidade civil.

Acontece que o Decreto-Lei 147/2008 contém um Capítulo de nome “Responsabilidade Civil”. O artigo consagra uma hipótese de responsabilidade subjetiva nos seguintes termos: “quem, em virtude do exercício de uma actividade económica enumerada no anexo iii ao presente decreto-lei, que dele faz parte integrante, ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de um qualquer componente ambiental é obrigado a reparar os danos resultantes dessa ofensa, independentemente da existência de culpa ou dolo”. Por sua vez, o artigo 8º prevê uma hipótese de responsabilidade subjetiva: “Quem, com dolo ou mera culpa, ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de um componente ambiental fica obrigado a reparar os danos resultantes dessa ofensa”. Ora, tendo em conta as distinções entre danos ecológicos e danos ambientais, este capítulo regula a responsabilidade adveniente dos danos ambientais. Efetivamente, os danos ambientais regem-se pelas regras próprias da responsabilidade civil, embora com alguns

---

<sup>212</sup> Para uma crítica à designação de “responsabilidade administrativa, vd. Carla Amado Gomes, *A Responsabilidade Civil por Dano Ecológico*, ob. cit., págs. 154 e ss. Para a autora a expressão “responsabilidade administrativa” leva a crer que é sobre as entidades administrativas que recai a responsabilidade, i.e., as obrigações de prevenção e reparação, quando não é isso que ocorre.

desvios em relação ao regime privatístico comum<sup>213</sup>. Temos sérias dúvidas quanto à bondade de inserção deste capítulo num diploma cujo objetivo é a regulação de danos ecológicos<sup>214</sup>. O que não invalida o facto de, caso um interesse concreto seja lesado, este terá direito a uma indemnização calculada nos termos da responsabilidade civil.

Vistas as coisas deste modo, o argumento de que as sanções resultantes de danos ambientais conferem uma função punitiva à responsabilidade civil não procede. Estas sanções punitivas são de natureza administrativa e aplicam-se aos danos ecológicos, deixando intocável o regime e finalidades da responsabilidade civil.

Vimos acima que o artigo 52º/3/a) da CRP e a Lei 83/95 de 31 de Agosto preveem o direito de ação popular. Ora, tratando-se a preservação do ambiente assim como os danos dele decorrentes de interesses difusos, há a possibilidade de reagir através de uma ação popular.

O problema que agora nos ocupa é os termos do cálculo da indemnização na égide de uma ação popular e se essa indemnização assume carácter punitivo. Quanto aos danos ecológicos, já vimos que as medidas de prevenção são de natureza administrativa, pelo que, independentemente da forma de cálculo da indemnização não confere um carácter punitivo à responsabilidade civil. No entanto, a lei parece também admitir a propositura de uma ação popular para os casos de danos ambientais. Como se calcula então a indemnização?

Os danos ambientais são danos provocados a pessoas ou bens por perturbações ambientais. Estes constituem, pois, interesses individuais homogéneos, uma das modalidades do interesse difuso. Assim, ao se atender ao dano concretamente produzido pelo ambiente na esfera de uma determinada pessoa, julga-se estranho o legislador admitir

---

<sup>213</sup> Para mais desenvolvimentos vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Da Causalidade à Imputação*, ob. cit., 87 e ss.

José de Sousa Cunhal Sendim (*Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos*, ob. cit., pág. 56) afirma também que “no que respeita aos danos ambientais, o objecto do dano não é o ambiente enquanto vem jurídico, mas sim um bem ou um interesse de natureza pessoal (ex: o direito à saúde) ou patrimonial (ex: o direito de propriedade), individualizável, aplicando-se à sua reparação e à definição da titularidade do direito, é indemnização das regras gerais previstas no sistema de responsabilidade civil e no regime jurídico de participação procedimental e de acção popular”.

<sup>214</sup> Pensamos, porventura, que o legislador inseriu o capítulo neste diploma, para clarificar o princípio da dupla reparação. Isto é, os lesados referidos nos artigos 8º e 9º não podem exigir reparação nem indemnização pelos danos que invoquem na medida em que esses danos sejam reparados nos termos do capítulo atinente à dita responsabilidade administrativa: cfr. art. 10º/1 do DL 147/2008.

a proposição de uma ação popular para estes casos, mas, como veremos, poderá ter a razão de ser na finalidade ressarcitória que ilumina todo o regime da responsabilidade civil.

Teixeira de Sousa, em sede dos interesses coletivos ligados ao consumo, afirma também que existem dificuldades em quantificar a indemnização a atribuir aos lesados. “Como é fácil de compreender, essa indemnização não pode ser determinada somando os danos efectivamente suportados por cada um dos consumidores, não só porque o número destes é indeterminado, mas também porque o prejuízo individual pode variar em função do lugar e do tempo da aquisição do bem ou serviço. Além disso, sempre que o dano do consumidor decorra de uma publicidade enganosa, impõe-se uma opção sobre o dano que se pretende indemnizar. São duas as soluções possíveis: o dano de cada um dos consumidores pode ser quantificado quer pela diferença entre o preço pago e o valor real do bem ou serviço, quer pela diferença entre o valor real do bem ou serviço e o valor que este teria se possuísse as qualidades prometidas pela publicidade enganosa. Tudo isto leva a determinar a indemnização global em função, não dos prejuízos causados pelo lesante, mas dos lucros por ele obtidos, o que a aproxima da «indemnização punitiva» (*punitive damages*) característica do direito norte-americano”<sup>215</sup>.

Pensamos que o autor se precipita ao aproximar a indemnização aos danos punitivos. Teixeira de Sousa afirma que a indemnização a atribuir aos lesados não pode ser determinada somando os danos efetivamente suportados por cada um dos consumidores (aplicando-se o mesmo quanto aos danos ambientais), uma vez que o seu número é indeterminado e porque o prejuízo é variável consoante o lugar e tempo da aquisição do bem ou do serviço. Face a tais dificuldades, o legislador não podia permitir que os lesados ficassem sem tutela. Como se tratam de interesses difusos, a abrangência deste tipo de danos abarca um número indeterminável de pessoas. Ora, tendo um intuito meramente reparador, o legislador atribui aos titulares destes interesses legitimidade para propor uma ação popular. E, vendo esta indeterminação de lesados, decidiu consagrar no artigo 19º/1 da Lei 83/95 a seguinte faculdade: “Salvo quando julgadas improcedentes por insuficiência de provas ou quando o julgador deva decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto, os efeitos das sentenças transitadas em julgado proferidas no

---

<sup>215</sup> Miguel Teixeira de Sousa, *A Legitimidade*, ob. cit., pág. 168.

âmbito de processo que tenham por objeto a defesa de interesses individuais homogêneos abrangem os titulares dos direitos ou interesses que não tiverem exercido o direito de se autoexcluírem da representação, nos termos do artigo 16.”. Com este artigo, respeitando a finalidade reparadora da responsabilidade civil, pretendeu-se ressarcir um maior número de lesados.

Ao contrário do que o autor afirma, vemos na ação popular um meio apto a combater situações em que seria impossível a obtenção de uma indemnização. No entanto, nestes casos, quando se afigure impossível, pela extensão das pessoas lesadas e pelas circunstâncias da lesão, deve ser fixada uma indemnização global, não para punir o lesante, mas com o objetivo de evitar um congelamento e grande morosidade dos processos. Se assim não o fosse, difícil era uma grande parte dos lesados obter uma indemnização. Sacrifica-se aqui a ideia de que a indemnização deve ter como teto o dano concretamente sofrido por uma pessoa, em prol de um ideal ressarcitório. Isto significa que a finalidade ressarcitória é a finalidade primária no que toca à indemnização deste tipo de danos, apesar de, eventualmente, poder cumprir um escopo punitivo secundário<sup>216 217</sup>.

---

<sup>216</sup> Efeito punitivo secundário porque ainda lhe está subjacente um escopo reparador. Há uma relação direta com o dano sofrido.

<sup>217</sup> Teceremos ainda breves considerações sobre os danos puramente patrimoniais. O âmbito da responsabilidade ambiental, no seio da responsabilidade civil é limitado, uma vez que o dano ao ambiente não pode configurar um fundamento para uma pretensão indemnizatória. Não está aqui em causa a violação de direitos absolutos.

A designação de dano puramente patrimonial diz respeito às hipóteses em que ocorre um dano, muitas vezes até considerável, que não pode ser reparado, em virtude da falta de preenchimento de um dos pressupostos do artigo 483º do Código Civil. Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Danos: Uma Leitura Personalista da Responsabilidade Civil*, 1ª edição, Cascais, Príncipeia, 2018, pág. 45.

O conceito de ilicitude remete para a violação de direitos absolutos e, nestes casos, não há violação de um direito de tal ordem. Porém, não nos podemos olvidar, que a ilicitude comporta outras duas modalidades: a violação de uma norma legal de proteção de interesses alheios e o abuso de direito. Deste modo, a justificação da não indemnização dos danos puramente patrimoniais esbarra nestes dois obstáculos.

Mafalda Miranda Barbosa (*Danos*, ob. cit., págs. 46 e ss.) elenca os dois grandes grupos de argumentos que os diversos autores avançam para sustentar a não-indemnização deste tipo de danos. O argumento de ordem axiológica diz respeito a uma ideia de menor valor ou menor importância dos bens jurídicos em causa nas situações em que avultam danos puramente patrimoniais. Sendo os direitos de personalidade e os direitos reais direitos absolutos entender-se-ia que eles correspondem a valores superiores do ordenamento jurídico, o mesmo não sendo verdadeiro por referência a interesses economicistas como a maioria das situações que ocorrem danos puramente patrimoniais. No entanto, apesar de se concordar que os bens jurídicos de carácter pessoal (direitos de personalidade) devem ser colocados num patamar superior, tal não deve valer para o confronto entre direitos reais e interesses meramente económicos. Lembramos que a maior fonte de riqueza deixou de ser a propriedade imobiliária e mobiliária. É inegável que nos dias de hoje os interesses económicos acabam por assumir uma importância muito maior do que muitas coisas objeto de direitos reais. O fundamento para a não-ressarcibilidade deve ser outro.

#### 1.4.5. Compensação dos Danos Não Patrimoniais

Outro dos argumentos para a defesa de uma função punitiva da responsabilidade civil advém do artigo 496º do CC. Segundo este artigo, “na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que pela sua gravidade mereçam a tutela do direito” (nº 1) e “o montante da indemnização é fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494º” (nº 4).

Se atentarmos nas várias definições desta categoria de danos na doutrina, verifica-se que chamam-se não patrimoniais<sup>218</sup> os danos que não são suscetíveis de uma avaliação

---

As preocupações dos autores parecem ser a de evitar um alargamento desmesurado da responsabilidade civil. Caso não se restringisse a responsabilidade pelos danos não patrimoniais (não indemnização, portanto) facilmente a responsabilidade resvalaria *ad infinitum*. “Em economias de mercado como a nossa, os interesses económicos surgem de tal modo conexionados entre si que a lesão de um deles, inevitavelmente, redundará na lesão dos demais, podendo conduzir a pretensões indemnizatórias que não conhecem limites”: Vd. Mafalda Miranda Barbosa (*Danos*, ob. cit., págs. 48 e 49). Os autores temem que uma responsabilidade ilimitada coloque o lesante numa situação inoportuna, uma vez que uma simples lesão de um interesse meramente económico pode ter como consequência uma obrigação indemnizatória de grandes dimensões. Assim, a expectativa de suportar custos avultados levaria o lesante a paralisar a sua iniciativa de investimento económico. Acresce que, mesmo que não operasse em termos preventivos, essa paralisação seria inevitável *a posteriori*, não tendo a maioria das pessoas singulares capacidade para suportar os custos dos ressarcimentos. Por outro lado, se admitíssemos a indemnização dos danos puramente patrimoniais, aumentaria desmesuradamente o número de ações em tribunal, com a consequente paralisação do sistema de justiça e o aumento de custos de administração do mesmo. Vd. Mafalda Miranda Barbosa (*Danos*, ob. cit., págs. 49 e 50).

Mafalda Miranda Barbosa conclui que “é da natureza do juridicamente cunhado que decorre a razão da não-indemnização de princípio dos danos puramente patrimoniais. No fundo, se se impõe em nome de uma ideia mais densa de responsabilidade que, fazendo apelo à pessoalidade livre, reclama a reparação dos danos causados aos outros, a responsabilização do agente não pode ultrapassar um certo limite que nos encaminhe para o excesso de responsabilidade. Por outro lado, está em causa a própria estrutura axiológica da normatividade, a convidar-nos a atuar juridicamente num espaço marcado pela livre concorrência no mercado e, portanto, num espaço onde os interesses económicos alheios podem ser contraditados. Isto comporta uma consequência: ficamos legitimados para encontrar os expedientes normativos que considerarmos pertinentes sempre que se justificar, em concreto, por referência à situação material de base, a indemnização de tais danos, na medida em que avulte chocante à consciência jurídica geral a sua impunidade. Note-se que, se é certo que estamos legitimados a procurar critérios de imputação que nos permitam indemnizar os danos puramente patrimoniais em determinadas situações, não poderemos ir ao ponto de contornar o sistema. Haverá, pois, que ser particularmente cauteloso nesta matéria. Entre os diversos expedientes que a doutrina e a jurisprudência têm forjados para garantir o ressarcimento sempre que o sentido último da responsabilidade, associada à pessoalidade livre, o reclame conta-se a tentativa de encontrar uma disposição legal de proteção de interesses alheios, a tentativa de desvelação de uma situação abusiva do direito, a procura de novos direitos ou da densificação dos contornos de direitos tradicionais e uma eventual fuga para o contrato”: Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Danos*, ob. cit., págs. 51 e 52.

<sup>218</sup> Pinto Monteiro diz-nos que não há uma equivalência entre as expressões “dano não patrimonial” e “dano moral”. A expressão “dano moral” é menos rigorosa. O autor exemplifica com dois casos: da ofensa ao bom nome e reputação pode surgir um dano não patrimonial como os vexames e a desconsideração social; por outro lado, de um acidente de viação, para além dos danos patrimoniais da reparação da viatura, despesas de tratamento médico, entre outros, podem surgir outro tipo de danos, como as dores, sofrimento físico e angústia. Estes não são também avaliáveis em dinheiro.

pecuniária<sup>219</sup>. Temos como exemplos as dores físicas, as angústias, os sentimentos de humilhação, as desconsiderações sociais, entre outros. Como se pode ver, os danos não patrimoniais são definidos pela negativa<sup>220</sup>.

Uma vez que a nossa dissertação se centra na restituição de um lucro obtido ilicitamente pela violação de direitos de personalidade, originando danos de natureza não patrimonial, iremos prestar especial atenção a esta norma.

---

Os danos resultantes destes dois exemplos têm em comum o facto de não serem suscetíveis de avaliação pecuniária (danos não patrimoniais), mas só os primeiros são danos morais propriamente ditos. A dor, o sofrimento físico, não podem ser incluídos nos danos morais.

O autor conclui que a expressão “danos não patrimoniais” é mais rigorosa e abrangente do que a expressão “danos morais”.

Cfr. Pinto Monteiro, *Sobre a Reparação dos Danos Morais*, in *Separata da Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 1º Ano, nº 1, 1992, págs. 18 e 19.

<sup>219</sup> Antunes Varela identifica os danos não patrimoniais com os “prejuízos (como as dores físicas, os desgostos morais, os vexames, a perda de prestígio ou de reputação, os complexos de ordem estética) que, sendo insusceptíveis de avaliação pecuniária, porque atingem bens (como a saúde, o bem estar, a liberdade, a beleza, a perfeição física, a honra ou o bom nome) que não integram o património do lesado, apenas podem ser *compensados* com a obrigação pecuniária imposta ao agente, sendo esta mais uma *satisfação* (Genugtuung) do que uma *indenização*”: Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., pág. 601; Almeida Costa afirma que os danos não patrimoniais são danos “não susceptíveis de avaliação pecuniária”, reportando-se a “valores de ordem espiritual, ideal ou moral”: Almeida Costa, *Direito Das Obrigações*, ob. cit., pág. 592; Menezes Cordeiro afirma que “um dano é patrimonial quando a situação vantajosa prejudicada tenha natureza económica; quando assuma, simplesmente natureza espiritual, o dano diz-se não patrimonial ou moral”: Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, ob. cit., pág. 513; e Menezes Leitão diz que os danos não patrimoniais “são aqueles que correspondem à frustração de utilidades não susceptíveis de avaliação pecuniária, como o desgosto resultante da perda de um ente querido: Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 302.

Porém, Maria Manuel Veloso afirma que, apesar destas definições gozarem de uma aceitação generalizada, não evitam algumas dificuldades na hora de caracterizar certas consequências lesivas. Ora, segundo a autora, as dificuldades podem ocorrer de forma intencional, “rotulando-se o dano como dano não patrimonial, quer porque se queiram evitar dificuldades de ressarcimento quanto a danos patrimoniais de valor difícil de calcular, quer porque se visa «el enmascaramiento de daños patrimoniales bajo la rúbrica de daños morales» o que impossibilita o controle externo dos critérios de quantificação do dano lesado”, ou acontecer o inverso, qualificando-se as consequências de uma lesão como patrimoniais para evitar limites de ressarcibilidade mais estreitos para danos de natureza diferente. Cfr. Maria Manuel Veloso, *Danos Não Patrimoniais*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, Coimbra Editora, 2007, pág. 496.

<sup>220</sup> Note-se, porém, que não equivalência, quer entre a lesão de direitos pessoais e os danos não patrimoniais, quer entre a lesão de direitos patrimoniais e danos patrimoniais. Um mesmo facto pode provocar danos das duas naturezas. Imagine-se o caso de difamação de que podem resultar danos não patrimoniais (sofrimentos de ordem moral, sentimentos de humilhação, entre outros) e também danos patrimoniais (diminuição de clientela ou paralisação do trabalho). Vd., v.g., Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 592 e ss.



#### 1.4.5.1. Admissibilidade do Ressarcimento dos Danos Não Patrimoniais

##### 1.4.5.1.1. Ordenamento Jurídico Português

Durante algum tempo foi controverso o problema da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais.

Na vigência do Código de Seabra não havia nenhuma disposição expressa referente a esta categoria de danos, pelo que se discutia se poderiam ser ressarcidos. Ora, em alguns setores específicos, a reparação desta categoria de danos foi aceite. No entanto, era entendimento generalizado que o Código de Seabra não admitia a compensação de danos morais (segundo a terminologia então usada), exceto a possibilidade de uma situação de responsabilidade civil extracontratual proveniente de um facto ilícito criminal<sup>221</sup>.

Em primeiro lugar, argumentava-se com a natureza irreparável destes danos. A atribuição de uma quantia monetária ao lesado não seria apta a eliminar as dores, o sofrimento físico, os vexames, entre outros danos não patrimoniais que este sofreu. A este argumento respondeu-se com o facto de não se estar a tentar eliminar o dano. A indemnização seria atribuída no sentido de compensar o lesado pelas lesões sofridas. Apesar de “a dor não ter preço”, esta pode ser contrabalançada com uma soma de dinheiro destinada a compensar o lesado<sup>222</sup>.

Em segundo lugar, a específica natureza destes danos faz com que não sejam ressarcíveis, uma vez que não são suscetíveis de avaliação pecuniária. Se são insuscetíveis de avaliação pecuniária como se poderá atribuir uma indemnização? O montante atribuído não poderá, assim, deixar de ser arbitrário. No entanto, as dificuldades de aferição de um montante de indemnização não são privativas deste tipo de danos. Temos como exemplo os casos de determinação dos lucros cessantes, como a avaliação do prejuízo resultante da

---

<sup>221</sup> Maria Manuel Veloso, *Danos Não Patrimoniais*, ob. cit., pág. 496.

<sup>222</sup> Esta ideia está bem presente seguinte na passagem de Mota Pinto (*Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2ª reimpressão, Coimbra Editora, 2005, págs. 129 e 130): “Os interesses cuja lesão desencadeia um dano patrimonial são infungíveis, não podem ser reintegrados mesmo por equivalente. Mas é possível, em certa medida, *contrabalançar* o dano, *compensá-lo* mediante satisfações derivadas da utilização do dinheiro. Não se trata, portanto, de atribuir ao lesado um «preço de dor» ou um «preço do sangue», mas de lhe proporcionar *uma satisfação*, em virtude da aptidão do dinheiro para propiciar a realização de uma ampla gama de interesses”.

diminuição da clientela produzida por uma calúnia e, nestes casos, o legislador permite a atribuição de uma quantia pecuniária ao lesado.

Por último, dizia-se que seria imoral a reparação deste tipo de danos e semelhante raciocínio assentaria numa conceção materialista da vida. Porém, não há intenção de “pagar” o dano ou fazer comércio com valores de ordem moral. Ao atribuir-se uma quantia monetária, há apenas a intenção de atenuar um prejuízo, um intuito de compensar de alguma forma o lesado, não tendo este que suportar todos os prejuízos. Mais imoral seria negar a atribuição patrimonial e deixar o património do lesante intacto, invocando a natureza não patrimonial do dano<sup>223 224</sup>.

Como vimos anteriormente, o legislador acabou por admitir a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais “que pela sua gravidade mereçam a tutela do direito”, como demonstra o citado artigo 496º CC, numa solução inovadora do ordenamento jurídico pátrio.

#### 1.4.5.1.2. Direito Comparado

Iremos agora perscrutar os condicionamentos e a forma sobre como vários ordenamentos jurídicos admitem o ressarcimento dos danos não patrimoniais.

##### a) Alemanha

O direito Alemão admitiu a reparação do dano não patrimonial, ainda que de uma forma restritiva.

De acordo com o §253 do BGB, o ressarcimento pecuniário dos danos não patrimoniais assumia carácter excecional, uma vez que só mediante previsão legal estes poderiam ser indemnizados. Um dos artigos onde tal ocorria era o §847 do BGB, que

---

<sup>223</sup> Vd. Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, ob. cit., págs. 379 e ss.; Pinto Monteiro, *Sobre a Reparação*, ob. cit., págs. 19 e ss.; Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., págs. 278 e ss.; Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., págs. 602 e ss.; e Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, ob. cit., págs. 300 e ss.

<sup>224</sup> Para mais desenvolvimentos, vd. Vaz Serra, *Reparação do Dano Não Patrimonial*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 83, 1959, págs. 69 a 109.

admitia a compensação equitativa do dano não patrimonial nos casos de lesões corporal, da saúde e da liberdade. Porém, verificou-se uma Reforma do Direito das Obrigações em 2002 que revogou o §847 BGB e acrescentou uma segunda coma ao §253<sup>225</sup>.

Segundo a nova redação do artigo, em caso de lesão à integridade física, à saúde, à liberdade ou à auto-determinação sexual, o lesado pode exigir um ressarcimento equitativo em dinheiro também por danos de natureza não patrimonial. Contudo, apesar da alteração, o panorama legal não se modificou, uma vez que se continuou a exigir (coma I) que o caso estivesse previsto na lei. Geram-se, então, dúvidas sobre se “os casos previstos na lei” são só os elencados no §253, coma II, ou se a exigência se aplica a outras previsões legais. Isto é, a dúvida reside em saber se a lei pode dispor diferentemente ou para além dos casos previstos no §253<sup>226</sup>.

Em suma, e segundo Rui Soares Pereira<sup>227</sup>, pode adotar-se a seguinte classificação de danos enquadráveis no âmbito dos danos não patrimoniais no direito alemão: danos físicos (v.g. dor), danos psíquicos (v.g. depressão resultante de lesão estética), danos sociais (v.g. diminuição do valor social da pessoa), e danos à qualidade de vida (v.g. limitação à capacidade de movimento e de desenvolvimento e de relação social). Estes danos têm, porém, de se enquadrar num dos vários casos já referidos previstos na lei (lesões à integridade física, saúde, liberdade ou autodeterminação sexual). Tal tipificação visa excluir pretensões indemnizatórias de natureza bagatelar.

É assim evidente que o direito a indemnização por danos não patrimoniais só abrange as pessoas singulares.

## b) Itália

---

<sup>225</sup> Vd. Maria Manuel Veloso, *Danos Não Patrimoniais*, ob. cit., pág. 502; e Rui Soares Pereira, *A Responsabilidade por Danos Não Patrimoniais do Incumprimento das Obrigações no Direito Civil Português*, Coimbra Editora, 2009, pág. 129 e 130. Para mais desenvolvimentos vd. Bénédicte Winiger et al., (eds.), *Digest of European Tort Law*. Vol. 2: Essential Cases on Damage, De Gruyter, 2011, págs. 496 a 512 e 619 a 620.

<sup>226</sup> Cfr. Rui Soares Pereira, *A Responsabilidade*, ob. cit., pág. 132.

<sup>227</sup> Cfr. Rui Soares Pereira, *A Responsabilidade*, ob. cit., págs. 132 e 133.

A definição, classificação e compensação dos danos não patrimoniais no ordenamento jurídico italiano tem sido um dos tópicos mais discutidos no âmbito do direito civil.

Após a entrada em vigor do *Codice Civile* de 1942, podem aferir-se três períodos de evolução<sup>228</sup>.

O primeiro diz respeito ao período até aos inícios dos anos 70 do século XX, onde o artigo 2059º prescrevia que os danos não patrimoniais apenas poderiam ser ressarcidos nos casos previstos pela lei: “il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”. Entendia-se que este preceito remetia para o artigo 185º do *Codice Penale*, permitindo este último o ressarcimento dos danos morais às vítimas de um crime. Acontece que surgiram problemas de compatibilização entre as duas normas, pelo que este entendimento não era pacífico, existindo quem sugerisse alterações legislativas no sentido de se resolver a situação. Além disso, com a entrada em vigor da Constituição, a solução restritiva do artigo 2059º *Codice Civile* deixou de ser consentânea com alguns preceitos constitucionais e com o passar dos anos as dificuldades de qualquer compatibilização aumentaram.

O segundo período vai desde o último quarto do século XX até ao ano de 2003. Nesta fase, a responsabilidade civil extracontratual sofreu bastantes alterações, verificando-se a criação de novas categorias de danos não patrimoniais, como o *danno biologico*, que consistia na violação ou no prejuízo da integridade físico-psíquica de uma pessoa. Deste modo, a regra constante no artigo 2043º CC (regra base da responsabilidade delitual que exige a presença de um *danno ingiusto*) alargou bastante o seu escopo de aplicação, ou o *danno esistenziale*, que por sua vez consistia em qualquer dano proveniente do agravamento do padrão ou condição de vida quotidiana de um indivíduo. Para além disso, passou também a admitir-se o ressarcimento de danos não patrimoniais das pessoas coletivas.

---

<sup>228</sup> Nos próximos parágrafos seguiremos os ensinamentos de comentários a decisões da Corte di Cassazione: Vd. para mais desenvolvimentos Bénédicte Winiger et al., (eds.). *Digest of European Tort Law*, ob. cit., págs. 538 e ss.

O terceiro período vai desde 2003 até aos dias de hoje, onde várias decisões têm sido controversas.

Em Maio de 2003, a *Corte di Cassazione* proferiu cinco sentenças. Além de esclarecerem que o ressarcimento dos danos não patrimoniais deve ser admitido nos casos de responsabilidade presumida, as decisões procederam a importantes alterações na questão dos danos desta natureza. Em primeiro lugar, as tipologias de danos juridicamente relevantes reconduziram-se aos danos patrimoniais e aos danos não patrimoniais. Em segundo lugar, reconduziram-se ao artigo 2059º CC todas as diversas formas dos danos de natureza não patrimonial. Em terceiro lugar, a limitação do artigo 2059º CC ao 185º do *Codice Penale* deixou de existir, ou seja, a compensação de danos não patrimoniais no sistema italiano não está mais dependente da conduta ser punida pela lei penal<sup>229</sup>.

Em suma, o artigo 2059º *Codice Civile* permite a compensação de danos não patrimoniais desde que todos os elementos requeridos pela regra geral do artigo 2043º CC estejam preenchidos: a compensação depende, assim, da existência de um facto ilícito, de um dano e de um nexo causal entre a conduta culposa e o dano, tal como acontece com a compensação de danos patrimoniais<sup>230</sup>.

### c) França

No ordenamento jurídico francês, foi na jurisprudência que a admissão da reparação do *préjudice moral* foi descoberta<sup>231</sup>. A primeira decisão que reconheceu que o *dommage morale* podia ser compensado tendo por base o artigo 1382º Código Civil foi uma decisão do *Cour de Cassation* de 25 de junho de 1833<sup>232</sup>.

Na doutrina francesa, esta questão não era debatida inicialmente. No entanto, vezes se levantaram no sentido da reparação do dano moral pela via da responsabilidade extracontratual, em que uns defendiam a sua compensação quando o ilícito fosse considerado um crime, ao passo que outros prescindiam dessa exigência. Desde a posição

---

<sup>229</sup> Cfr. também Rui Soares Pereira, *A Responsabilidade*, ob. cit., págs. 141 e 142.

<sup>230</sup> Vd. Bénédict Winiger et al., (eds.). *Digest of European Tort Law*, ob. cit., pág. 541; e Henrique Sousa Antunes, *Da Inclusão*, ob. cit., pág. 267.

<sup>231</sup> Cfr. Rui Soares Pereira, *A Responsabilidade*, ob. cit., págs. 141 e 142.

<sup>232</sup> Cfr. Bénédict Winiger et al., (eds.). *Digest of European Tort Law*, ob. cit., pág. 522.

de Laurent o artigo 1382º do *Code* passa a ser interpretado no sentido de incluir o *préjudice morale*<sup>233</sup>.

Desde então a doutrina e a jurisprudência inclinam-se para a sua reparação tendo em conta a amplitude da formulação do artigo 1382º do Código Civil, as manifestações existentes nesse sentido em outros diplomas avulsos e os intentos de garantir ao máximo a proteção do lesado.

No entanto, não deixam de existir vozes contrárias em relação aos abusos provenientes da falta de controlo dos limites de indemnização, e um dos campos privilegiados a tal acontecer é precisamente no que respeita à reparação do *préjudice morale*<sup>234</sup>.

#### d) Grã-Bretanha

No que tange aos danos não patrimoniais na responsabilidade civil delitual tem sido afirmado que existem cinco principais categorias de danos: “(1) pain and suffering and loss of amenities; (2) physical inconvenience and discomfort; (3) social discredit (mainly limited to claims in defamation); (4) mental distress; and (5) loss of society of relatives”<sup>235</sup>. Na prática, o tipo de danos mais frequentemente encontrados são os primeiros, em que o tribunal condena o lesante em resultado lesões físicas provocadas.

No direito inglês “no damages can be awarded (...) for a person`s death *per se* or for a person`s expectation of death in consequence of personal injury (as opposed to pain and suffering caused by awareness of a reduction in life expectancy)”<sup>236</sup>.

#### 1.4.5.2. Artigo 496º - Função Punitiva?

Paula Meira Lourenço afirma que a atribuição de uma quantia patrimonial a título de indemnização por danos não patrimoniais desempenha não só uma função

---

<sup>233</sup> Cfr. Rui Soares Pereira, *A Responsabilidade*, ob. cit., págs. 111 e 112.

<sup>234</sup> Cfr. Rui Soares Pereira, *A Responsabilidade*, ob. cit., págs. 112 e ss.

<sup>235</sup> Cfr. Bénédicte Winiger et al., (eds.). *Digest of European Tort Law*, ob. cit., pág. 557.

<sup>236</sup> Cfr. Bénédicte Winiger et al., (eds.). *Digest of European Tort Law*, ob. cit., pág. 558.

compensatória, mas também uma função punitiva<sup>237</sup>. Esta função resulta do facto de o *quantum* indemnizatório se determinar equitativamente, segundo os critérios previstos no artigo 494º CC (*ex vi* 496º) - grau de culpabilidade do agente, situação económica do lesante e do lesado e as demais circunstâncias do caso. Ora, como já se referiu<sup>238</sup>, esta autora defende que se a finalidade da responsabilidade civil fosse meramente reintegrativa, não se destinando também a punir o agente pela prática de atos ilícitos, o grau de culpa do agente e as demais circunstâncias do caso não teriam qualquer relevância no apuramento do montante indemnizatório.

Do lado contrário, Carneiro da Frada<sup>239</sup> diz-nos que o artigo 496º não permite tirar ilações seguras sobre o escopo punitivo deste instituto, uma vez que a remissão para o artigo 494º não pode ser tida como concludente quanto à aceitação dessa finalidade, senão em “*petitio principii*”.

Parece-nos que a este artigo não subjaz apenas um ideal reparador. O legislador no artigo 496º CC remete-nos para os critérios enunciados no artigo 494º CC. Isto é, para o cálculo da indemnização, há que ter em conta o grau de culpabilidade do lesante, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso. No entanto, existe uma grande diferença entre estes dois artigos. Como se referiu anteriormente, no artigo 494º CC o dano serve como limite ao *quantum* indemnizatório. Pelo contrário, o artigo 496º CC não manda atender a esse limite, pelo que a intencionalidade desta norma se afigura diferente. Já não estamos perante uma norma de proteção do lesante, uma vez que a indemnização pode situar-se acima do valor do dano, encerrando-se aqui uma ideia de punição<sup>240</sup>.

Contudo, pensamos que a função punitiva deste preceito vai sempre ao encontro de um ideal reparador. Quer isto dizer que a função punitiva é acessória à ressarcitória<sup>241</sup>.

---

<sup>237</sup> Vd. p.e., Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., págs. 285 e ss. No mesmo sentido vd., p.e., Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 387, nota 1.

<sup>238</sup> Cfr. supra 1.2.4.2.

<sup>239</sup> Cfr. Carneiro da Frada, *Direito Civil - Responsabilidade Civil*, ob. cit., pág. 66.

<sup>240</sup> Neste sentido, vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil*, ob. cit., págs. 568 e 569.

<sup>241</sup> Mário Júlio de Almeida Costa (*Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 780) diz-nos que a responsabilidade civil pode, num plano acessório, desempenhar funções preventivas e sancionatórias, como é o caso da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais. Também Paulo Mota Pinto (*Interesse Contratual Negativo*, ob. cit., págs. 824 e 825), a respeito do artigo 494º CC (julgamos que iguais considerações servem para o artigo 496º CC, excetuando o preceituado sobre a limitação da indemnização) nos diz que “a

Como vimos, os danos não patrimoniais são insuscetíveis de reparação, pelo que se tem de algum modo compensar o lesado, para que este se ache totalmente “apaziguado”<sup>242</sup>. Mafalda Miranda Barbosa<sup>243</sup> afirma que “a ponderação do grau de culpa do lesante, bem como da sua situação económica funciona (...) como critério de determinação do quantum necessário para que aquele apaziguamento possa, concretamente, funcionar”. A única forma deste apaziguamento ser conseguido é chamar o lesante a responder e, face à natureza deste tipo de danos, que não podem ser reparados, e não existindo o limite do *quantum* indemnizatório pelo dano, este artigo cumpre uma finalidade punitiva. Mas repita-se... esta punição em sentido estrito só existe na medida do apaziguamento do lesado<sup>244</sup>.

#### 1.4.6. Admissibilidade da condenação em danos punitivos?

##### 1.4.6.1. Direito Comparado – Danos Punitivos e Funções da Responsabilidade Civil

###### a) Alemanha

Em primeiro lugar, Nils Jansen e Lukas Rademacher alertam para alguns perigos subjacentes aos danos punitivos: “punitive damages raise constitutional rights concerns: According to art. 103(2) of the German constitution, penalisation is only permitted if the threat of punishment is explicitly codified and its conditions are precisely described. Also, an award of punitive damages against a convicted tortfeasor is seen as possibly leading to double punishment which is ruled out by art. 103(3) of the german constitution.

---

dependência da graduação da indemnização da mera culpa do lesante, a orientação pelo seu «grau de culpabilidade» e outras circunstâncias, além de uma finalidade sancionatória e de atenção a uma ideia de proporcionalidade e à justiça individualizadora, denuncia o carácter subordinado dessas funções”.

<sup>242</sup> Usamos a expressão de Mafalda Miranda Barbosa, em *Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil*, ob. cit., pág. 568.

<sup>243</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil*, ob. cit., págs. 568 e 569.

<sup>244</sup> Não iremos utilizar a expressão “satisfação do lesado”, porque, como nos alerta Júlio Gomes, “não é fácil saber o que se pretende designar com esta expressão, tanto mais que, se para alguns, ela quase não se distingue da compensação, para outros, ela comporta uma faceta punitiva assinalável (e mesmo, dir-se-ia, uma faceta de vingança, se tal palavra não estivesse proscrita). Assim, pode dizer-se que qualquer atribuição pelo agente do facto danoso de uma quantia ao lesado “satisfaz” este, como, também, se pode afirmar que o mesmo ficará satisfeito ao ver como o infractor tem de pagar pelo ilícito que cometera”. Vd. Júlio Gomes, *Uma Função Punitiva*, ob. cit., págs. 119 e 120.



Consequently, the widely prevailing opinion sees no place for punitive damages under German law”<sup>245</sup>. A rejeição de elementos de natureza penal na lei civil também motivou os tribunais a recusar a execução de sentenças estrangeiras com base em imposições de danos punitivos.

No entanto, apesar destas preocupações, a admissibilidade dos punitive damages tem sido bastante discutida.

A doutrina alemã defende que a responsabilidade civil prossegue uma finalidade preventivo-punitiva em sede de danos não patrimoniais<sup>246</sup>. Tal finalidade foi expressamente acolhida em várias decisões do BGH. Tomemos o exemplo de uma decisão datada de 12-12-1995 e a decisão que serviu de introdução à nossa dissertação, de 05-12-1995.

Na primeira das decisões, um jornal publicou fotografias do filho mais velho da Princesa Carolina do Mónaco sem qualquer autorização, tendo já sido obtida uma injunção judicial proibindo a publicação de fotografias da criança. Em consequência, o BGH condenou o jornal a pagar uma indemnização, com o fundamento de que de outro modo o procedimento ficaria sem qualquer sanção<sup>247</sup>.

Outra situação prende-se com o caso com o qual começamos a dissertação<sup>248</sup> e diz respeito à publicação por parte de um jornal de uma manchete que não corresponde à verdade dos factos. Essa conduta fora orientada para a obtenção de lucros. O BGH condenou o Jornal ao pagamento de uma indemnização equitativa em dinheiro, atendendo à “falta de escrúpulos por parte do jornal”<sup>249</sup> e ao facto de isso ter perturbado o sossego da princesa. O tribunal veio dizer que a indemnização não deveria ser meramente reparadora e

---

<sup>245</sup> Cfr. Nils Jansen / Lukas Rademacher, *Punitive Damages in Germany*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Helmut Koziol / Vanessa Wilcox eds.), Wien, Springer, 2009, pág. 76.

<sup>246</sup> Em sentido negativo, vd. Nils Jansen / Lukas Rademacher, *Punitive Damages*, ob. cit., págs. 77 a 86.

<sup>247</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., pág. 124.

<sup>248</sup> BGH 5-Dez-1995 (Carolina II), NJW 1995, pág. 861 e ss. Cfr. supra Capítulo I.

<sup>249</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., págs. 123 e 124.

compensatória, pelo que afirmou que a ideia de reparação deveria passar para segundo plano face à ideia de punição-prevenção<sup>250</sup>.

Num comentário a estas duas decisões, Mathias Prinz salientou o escopo preventivo da responsabilidade civil, identificando dois critérios de prevenção: a) a intenção lucrativa da conduta; e b) o perigo de repetição da conduta.

Um comentário a uma decisão de 06-12-2005<sup>251</sup> afirma que em casos de lesões corporais, à saúde, liberdade de movimento ou autodeterminação sexual, o §253, coma II do BGB concedia o direito a uma compensação monetária para os danos imateriais. Na determinação da quantia indemnizatória, os tribunais têm em conta todos os aspetos relevantes e, de acordo com o Supremo Tribunal Federal Alemão, esta compensação prossegue dois objetivos: o primeiro é compensar o lesado pelo prejuízo sofrido, ao passo que o segundo tem como objetivo a obtenção de uma satisfação pelo lesado<sup>252</sup>. Este segundo objetivo sempre deu azo a diversas críticas, uma vez que é visto como uma espécie de punitive damages<sup>253</sup>.

#### b) Itália

A questão dos danos punitivos na Itália tem sido discutida na jurisprudência, com especial ênfase nos danos não patrimoniais que, face à sua natureza, não podem ser quantificados em termos monetários. Ora, a jurisprudência italiana, nos casos de violação dos direitos de personalidade pelos meios de comunicação, v.g. direito à honra, à imagem, à privacidade, tem vindo a aumentar as compensações punitivas por danos não patrimoniais<sup>254</sup>. Esse aumento, segundo Paolo Gallo<sup>255</sup> deve-se ao facto dos tribunais calcularem a compensação por danos não patrimoniais, atendendo à gravidade da culpa do agente, à sua situação económica e ao enriquecimento obtido com a conduta ilícita.

---

<sup>250</sup> Cfr. também Sofia Leite Borges, *Os Punitive Damages: As Funções Punitiva e Preventiva da Responsabilidade Civil*, 2000, pág. 50.

<sup>251</sup> Landgericht Berlin, 6 December 2005, 10 O 415/05 (Bénédict Winiger *et al.*, (eds.). *Digest of European Tort Law*, ob. cit., págs. 496).

<sup>252</sup> Vimos já que o termo satisfação pode levantar algumas dúvidas: vd. nota 246.

<sup>253</sup> Cfr. Bénédict Winiger *et al.*, (eds.). *Digest of European Tort Law*, ob. cit., pág. 497.

<sup>254</sup> Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., pág. 134.

<sup>255</sup> Paolo Gallo, *Pene Private e Responsabilità Civile*, Milano, Giuffrè Editore, 1996, págs. 83 a 148, *apud* Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., pág. 134.

Em 2007 o *Corte de Cassazione* pronunciou-se sobre a admissibilidade da condenação em danos punitivos no caso de danos não patrimoniais resultantes de danos pessoais<sup>256</sup>. Nesta decisão foi abordada a questão da conformidade dos punitive damages com a ordem pública italiana e discutiu-se a admissibilidade da execução em Itália de uma decisão judicial proferida nos Estados Unidos, que condenou um fabricante italiano de capacetes de segurança a pagar uma indemnização no valor de U.S \$1 milhão a uma vítima de um acidente de trânsito que sofreu ferimentos fatais, devido a um defeito no capacete<sup>257</sup>.

O Tribunal de Recurso italiano recusou a execução da sentença, uma vez que os danos punitivos violam a ordem pública italiana. No mesmo sentido decidiu a *Corte di Cassazione*. Este tribunal conclui que os chamados danos punitivos contendem com os princípios fundamentais da Lei, os quais atribuem à responsabilidade delitual a função de “restoring the economic sphere of persons suffering a loss”: a gravidade da culpa não pode justificar uma condenação num montante superior ao valor do dano. Deste modo, qualquer decisão de um tribunal estrangeiro que condene o lesante ao pagamento de danos punitivos não é executável em Itália<sup>258 259</sup>.

Porém, recentemente, as *Sezione Unite* da *Corte di Cassazione* pronunciaram-se a favor da compatibilidade dos danos punitivos com o ordenamento jurídico italiano<sup>260</sup>. A decisão teve origem no *ricorso per cassazione* interposto por uma sociedade italiana (AXO) ao reconhecimento de três sentenças adotadas pela *Circuit Court of the 17th Judicial Circuit for Broward Count* e confirmadas pela *District Court of Appeal* da Flórida, a favor da sociedade NOSA. O caso tratava-se igualmente de uma empresa italiana (AXO) fabricante de capacetes que foi condenada a pagar uma quantia de aproximadamente US \$1.500.000 à empresa que comercializava esses capacetes nos

---

<sup>256</sup> Cass. 17 January 2007, no. 1183, GI 2007, 12, 2724 RODAPÉ 18,106 DIGEST. CONFIRMAR

<sup>257</sup> Cfr. Alessandro P. Scarso, *Punitive Damages in Italy*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Helmut Koziol / Vanessa Wilcox eds.), Wien, Springer, 2009, pág. 106.

<sup>258</sup> Cfr. Alessandro P. Scarso, *Punitive Damages* ob. cit., pág. 108.

<sup>259</sup> Esta jurisprudência foi reiterada em 2012 num caso em que um trabalhador sofreu um acidente de laboral e que o lesante foi condenado a pagar uma quantia muito alta (US \$5.000.000). Por esta razão, o Corte di Cassazione reconheceu a presença de danos punitivos e declarou que eram contrários à ordem pública. Vd. Elena D`Alessandro, *Reconocimiento y Exequátur en Italia de Sentencias Extranjeras que Condenan al Pago de Daños Punitivos*, in *Revista de Derecho Privado*, nº 34 (Junho de 2018), págs. 318 e 319.

<sup>260</sup> Acórdão nº 16601, de 5 de julho de 2017 qq1. Vd. Elena D`Alessandro, *Reconocimiento y Exequátur*, ob. cit., pág. 319.

Estados Unidos (NOSA), uma vez que esta última teve de desembolsar quantias monetárias para chegar a um acordo extrajudicial com uma vítima que sofreu graves lesões corporais devido a um defeito no capacete. Neste acordo as partes assentiram em pôr fim ao litígio e a vítima renunciou a qualquer ação contra o distribuidor de capacetes, incluindo o pedido da condenação em punitive damages. A AXO contestou diante da *Corte di Cassazione* a decisão de reconhecimento, sustentando, a contrariedade de tais sentenças com a ordem pública italiana, com base no facto de se tratar de uma condenação em danos punitivos<sup>261</sup>.

Perante o recuso, as *Sezione Unite* da *Corte di Cassazione*, consideraram o recurso inadmissível, porque em causa não se tratava de uma hipótese de punitive damages, mas sim de cumprimento de prestação em garantia. No entanto, em conformidade com o disposto pelo 363º/3 do CPC italiano, o tribunal enunciou o princípio segundo o qual no ordenamento jurídico italiano, a responsabilidade civil não tem uma natureza somente compensatória, mas que prossegue também funções dissuasivas e sancionatórias. Perante este quadro, a condenação em danos punitivos não é ontologicamente incompatível com o ordenamento italiano<sup>262 263</sup>.

### c) França

Os punitive damages não existem oficialmente no sistema legal francês. Estes são completamente desconhecidos pelo Código Civil Francês e por qualquer outra legislação (não há referência explícita, quer no sentido da sua admissão, quer no sentido da sua proibição). Ora, aparentemente os danos punitivos estão ausentes da lei Francesa<sup>264</sup>. Mas será que os tribunais não os aplicam nas suas decisões?

---

<sup>261</sup> Naiara Posenato, *A Suprema Corte di Cassazione e o Revirement sobre os Danos Punitivos na Itália: Algumas Anotações*, in *Revista Internacional Consinter de Direito*, nº VII, 2º semestre de 2018, pág. 468 e 469.

<sup>262</sup> Cfr. Naiara Posenato, *A Suprema Corte*, ob. cit., págs. 469 e 470.

<sup>263</sup> Para mais desenvolvimentos e sobre os requisitos de reconhecimento e execução de sentenças de condenação em danos punitivos, vd. Elena D`Alessandro, *Reconocimiento y Exequatur*, ob. cit., págs. 320 e ss.

<sup>264</sup> Cfr. Jean-Sébastien Borghetti, *Punitive Damages in France*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Helmut Koziol / Vanessa Wilcox eds.), Wien, Springer, 2009, pág. 55. Vd., porém, do mesmo autor, págs. 56 a 62.

A doutrina costuma afirmar que os tribunais franceses, por vezes, condenam certos comportamentos não apenas tendo como base o dano sofrido pelo lesado, mas também levando em consideração o comportamento do lesante, com o objetivo de punir o último. No entanto, Jean-Sébastien Borghetti levanta vários problemas: em primeiro lugar, torna-se difícil a verificação da afirmação anterior, tendo em conta as regras francesas de determinação do dano; em segundo lugar, é quase impossível avaliar o *quantum* dos danos punitivos; e, por último, é também difícil determinar quais os fatores que os influenciam<sup>265</sup>.

Os juízes franceses não têm de dar justificação ou fundamentação quando determinam os danos. Os tribunais de primeira e segunda instância têm discricionariedade quando procedem à sua avaliação e determinação. Para além disso, o *Corte di Cassazione* não controla estas decisões e apenas pode reverter uma decisão sobre o tema em causa se os tribunais inferiores tiverem violado o princípio da reparação integral. No entanto, tal raramente acontece, uma vez que os tribunais inferiores normalmente não fornecem qualquer indicação do modo como chegaram ao *quantum* indemnizatório<sup>266</sup>. Este princípio da reparação integral é entendido como uma exigência de que um dano seja avaliado em concreto e segundo Borghetti impede os tribunais de recorrer a valores de referência de danos. No entanto, é bem-sabido que tais valores-padrão existem para certos tipos de danos, especialmente lesões corporais. No entanto, os tribunais não podem reconhecer oficialmente que recorrem a tais valores-padrão, sob pena de a sua decisão ser anulada pelo tribunal de recurso ou pela Cour de Cassation, por não terem constituído uma indemnização com base no prejuízo efetivo sofrido pelo demandante e por terem assim violado o princípio da reparação integral. É claro que se o uso destes valores fosse oficialmente reconhecido seria possível identificar a existência de indenizações punitivas e compará-las com os danos efetivamente concedidos ao demandante<sup>267</sup>.

Apesar de ser impossível medir a extensão dos punitive damages, é certo que os tribunais franceses condenam o lesante, por vezes, quer ao pagamento do valor do dano concretamente originado, quer ao pagamento de uma quantia dirigida à sua punição. Ora, a

---

<sup>265</sup> Cfr. Jean-Sébastien Borghetti, *Punitive Damages*, ob. cit., pág. 62.

<sup>266</sup> Cfr. Jean-Sébastien Borghetti, *Punitive Damages*, ob. cit., pág. 62.

<sup>267</sup> Cfr. Jean-Sébastien Borghetti, *Punitive Damages*, ob. cit., pág. 63

maioria da doutrina francesa entende que a compensação dos danos não patrimoniais (*préjudice morale*) assume uma função compensatória e punitiva. Esta função assume um papel mais vincado no caso de violações de direitos de personalidade, nomeadamente quando as condutas são dirigidas à obtenção de lucro. Tem-se cada vez mais assistido ao crescimento de casos de violações dos direitos à reserva da vida privada, ao bom nome e à imagem, principalmente por parte da imprensa sensacionalista que publica notícias falsas de figuras públicas<sup>268</sup>.

Face a estes comportamentos moralmente reprováveis, à importância do respeito por estes direitos e à ineficácia da via penal, a jurisprudência francesa tem vindo a adotar três soluções que atestam a função punitiva da responsabilidade civil<sup>269</sup>.

Em primeiro lugar, “a jurisprudência francesa tem vindo a aumentar os montantes atribuídos a título de compensação e punição por danos morais, em proporção à gravidade da “faute” do agente e ao direito violado, sustentando que a finalidade é punir o agente e prevenir a adopção de semelhantes condutas”<sup>270</sup>. Trata-se de um verdadeiro montante punitivo (um punitive damage anglo-saxónico).

Em segundo lugar, algumas decisões chegaram a condenar os agentes ao pagamento de um valor simbólico de um franco, sendo esta uma clara manifestação da função punitiva da responsabilidade civil, uma vez que este montante não serve para reparar qualquer dano sofrido pelo lesado, mas tão só denunciar o comportamento do lesante, punindo-o publicamente.

Em terceiro lugar, o carácter punitivo que se pretende alcançar com as denúncias públicas das condutas dos agentes encontra-se patente na publicação das sentenças judiciais condenatórias do lesante.

#### d) Common Law – Reino Unido

---

<sup>268</sup> Vd. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., págs. 146 e ss; Jean-Sébastien Borghetti, *Punitive Damages*, ob. cit., pág. 64 e 65; e Sofia Leite Borges, *Os Punitive Damages*, ob. cit., pág. 48.

<sup>269</sup> Vd. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., págs. 147 e 148.

<sup>270</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., pág. 147.

Segundo Patrícia Guimarães, os punitive damages tiveram origem na Common Law para os juízes não interferirem na quantificação dos danos feita pelo júri<sup>271</sup>. O facto de serem atribuídos por um júri demonstrava o peso da dimensão social da conduta do agente. Além disso, permitiam compensar o lesado, nomeadamente quando os tribunais não reconheciam a existência de danos morais. O seu surgimento relacionou-se com situações em que um agente praticava comportamentos ofensivos e com situações representativas de abusos de autoridade por parte de funcionários públicos. Os punitive damages foram primeiramente reconhecidos em 1763<sup>272</sup> e “ergueram-se como estandartes do respeito pelo direito à reserva da vida privada e pela liberdade do indivíduo contra os abusos de poder, punindo os agentes e exercendo uma função dissuasória relativamente a futuros comportamentos por parte dos mesmos (prevenção especial), ou de terceiros (prevenção geral)”<sup>273</sup>. Nas situações em que não envolviam relações hierárquicas, os danos punitivos assumiam uma “função punitiva das condutas infames, intoleráveis, humilhantes, vexatórias, agressivas ou mesmo violentas, numa sociedade regida por rigorosos padrões morais”<sup>274</sup>.

No Reino Unido, os punitive damages estão condicionados ao preenchimento de um requisito: um agente só pode ser condenado ao pagamento dos danos punitivos quando as situações preencham as categorias tipificadas na decisão *Rooks vs Barnards*. No entanto, mesmo que estejam preenchidos todos estes requisitos, o tribunal pode ainda discricionariamente recusar a condenação em danos punitivos<sup>275</sup>.

No caso *Rooks v. Barnards* (1964), um trabalhador de uma companhia aérea retirou a sua inscrição num sindicato de trabalhadores e foi despedido pela entidade empregadora, uma vez que o sindicato a ameaçou com a possibilidade de fazer uma greve caso não despedisse o trabalhador. Perante esta situação, o trabalhador propôs uma ação judicial contra o sindicato por este ter forçado a entidade empregadora a despedi-lo. Na

---

<sup>271</sup> Cfr. Patrícia Guimarães, *Os Danos Punitivos e a Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, in *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, vol. XV, 2001, Tomo 1, pág. 168.

<sup>272</sup> Cfr. Patrícia Guimarães, *Os Danos Punitivos*, ob. cit., pág. 168; Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., pág. 165; e Sofia Leite Borges, *Os Punitive Damages*, ob. cit., pág. 8.

<sup>273</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., pág. 166.

<sup>274</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., págs. 166 e 167.

<sup>275</sup> Cfr. Sofia Leite Borges, *Os Punitive Damages*, ob. cit., pág. 13.

decisão, para além de afirmar que os danos punitivos eram anómalos em virtude de confundirem as funções da responsabilidade civil e responsabilidade penal, o tribunal restringiu a condenação ao pagamento dos danos punitivos a três categorias: 1) abusos de poder de autoridade; 2) situações em que o agente se guiou por um escopo lucrativo<sup>276</sup>; e 3) aos casos expressamente previstos na lei<sup>277 278</sup>.

O tribunal, com base nesta categorização, em 1972, em *Cassel & Co v. Broome*, condenou o lesante ao pagamento de danos punitivos. Tratava-se de um caso em que houve a publicação de um livro, no qual era relatado um desastre ocorrido num navio sob o comando de um antigo comandante da Marinha, atribuindo-lhe a responsabilidade pelo acidente. O Comandante da Marinha sentiu que tal situação ofendia o seu bom nome e avisou o autor do livro e a editora da situação. No entanto, o livro foi publicado, embora com alterações menores nas passagens consideradas ofensivas. A editora do livro seguiu intencionalmente uma conduta com o intuito de alcançar lucros, mesmo sabendo que a publicação ofenderia os direitos do antigo Comandante. Com base neste quadro, o tribunal sustentou a atribuição de punitive damages, reconduzindo a sua atribuição à segunda categoria já mencionada (situação em que o agente se guiou por um escopo lucrativo)<sup>279</sup>.

Apesar da editora não ter os lucros desejados, o tribunal não deixou de a condenar ao pagamento de danos punitivos, porque tinha agido com base nessa expectativa. Deste modo, ficou bem demonstrada a intenção de punir o agente e evitar a futura repetição destes comportamentos, ou seja, evitar que se repitam violações de direitos de personalidade com expectativa de os lucros obtidos com a violação suplantem os prejuízos sofridos pelo lesado, combatendo um raciocínio de pendor económico<sup>280</sup>.

No caso *A.B. v. South West Waters*, em 1993, o Tribunal de Apelação restringiu as situações suscetíveis de condenação em punitive damages: para além de se restringirem às

---

<sup>276</sup> Segundo o tribunal, o lucro ou benefício não tem de ser necessariamente pecuniário, podendo abranger qualquer ganho que o agente obteve pelo comportamento ilícito. Cfr. Sofia Leite Borges, *Os Punitive Damages*, ob. cit., pág. 16.

<sup>277</sup> Vd. Paula Meira Lourenço, *Os Danos Punitivos*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, 2000, págs. 1032 e 1033, e *A Função Punitiva*, ob. cit., págs. 167 e 168; Sofia Leite Borges, *Os Punitive Damages*, ob. cit., págs. 14 e ss.; e Henrique Sousa Antunes, *Da Inclusão*, ob. cit., págs. 404 e ss.

<sup>278</sup> Voltaremos a este caso num ponto subsequente.

<sup>279</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., pág. 168.

<sup>280</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., págs. 168 e 169.



categorias do caso *Rooks v. Bernards*, o tribunal fixou que só a prática de ilícitos relativamente aos quais houve uma decisão de condenação em punitive damages anterior a 1964 poderá originar a condenação neste tipo de sanção, ficando, v.g. excluídas situações de discriminação racial<sup>281</sup>. No entanto, em *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire* (2001), a Câmara dos Lordes rejeitou a oportunidade deste pressuposto<sup>282 283</sup>.

e) Common Law – Estados Unidos da América

A colonização dos Estados Unidos da América pelo Reino Unido levou à importação da figura dos punitive damages<sup>284</sup>. A partir de meados do séc. XIX, os tribunais condenavam o agente ao pagamento de danos punitivos para punir o seu comportamento e prevenir que este e os restantes membros da sociedade adotassem tais condutas<sup>285</sup>.

Os primeiros casos de danos punitivos na América parecem ser centrados no caráter insultuoso e humilhante do comportamento do lesante. O primeiro caso a envolver este tipo de danos foi o caso *Genay v. Norris*, no qual “the defendant, a doctor, put a large dose of a drug into the wine glass of the plaintiff, a man with whom the defendant had been feuding. This caused the plaintiff to collapse in public and forfeit his duel with the defendant”<sup>286</sup>. Nos inícios do século XX, os tribunais começaram também a permitir a condenação em punitive damages nos casos que envolviam abusos de poder<sup>287</sup>.

A figura dos punitive damages começou a ser alargada para os casos de negligência grosseira. Sabemos que os punitive damages se destinam a punir e prevenir

---

<sup>281</sup> Cfr. Sofia Leite Borges, *Os Punitive Damages*, ob. cit., pág. 18 e nota 31.

<sup>282</sup> Cfr. Henrique Sousa Antunes, *Da Inclusão*, ob. cit., págs. 406 e ss.

<sup>283</sup> Para um resumo da evolução dos requisitos de admissibilidade dos danos punitivos no Reino Unido, vd. Vanessa Wilcox, *Punitive Damages in England*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Helmut Koziol / Vanessa Wilcox eds.), Wien, Springer, 2009, pág. 7 e ss.

<sup>284</sup> Cinco Estados proibem os danos punitivos: “Louisiana is a Civil Code jurisdiction that refused to recognise punitive damages, except as statutorily authorised. Nebraska and New Hampshire are common law jurisdictions that refused to adopt the remedy of punitive damages entirely. Massachusetts and Washington are common law jurisdictions that do not recognise punitive damages except as may be recovered under specific statutory authorisation (see Annex)”. Cfr. Anthony J. Sebok, *Punitive Damages in the United States*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Helmut Koziol / Vanessa Wilcox eds.), Wien, Springer, 2009, pág. 159.

<sup>285</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., pág. 169 e 170.

<sup>286</sup> Cfr. Anthony J. Sebok, *Punitive Damages*, ob. cit., pág. 160.

<sup>287</sup> Para mais desenvolvimentos vd. Cfr. Anthony J. Sebok, *Punitive Damages*, ob. cit., págs. 163 e ss.

condutas do agente. No entanto, a jurisprudência começou a admitir a figura para os casos de responsabilidade objetiva: quando o trabalhador atua dolosamente e o superior hierárquico participe ou ratifique a adoção do comportamento, o empregador poderá ser condenado ao pagamento de danos punitivos<sup>288</sup>.

Quanto à responsabilidade civil do produtor por produtos defeituosos ou perigosos, nos Estados Unidos da América, este responde independentemente de culpa<sup>289</sup>.

Primeiramente, a responsabilidade do produtor foi baseada na negligência deste, mas a partir 1963 com o caso *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, foi reconhecido que o fabricante responde objetivamente pelos produtos defeituosos ou perigosos<sup>290</sup>. No entanto, alguma jurisprudência e a maioria da doutrina defendiam que a condenação em punitive damages apenas deveria ser admitida nos casos em que o agente tivesse atuado dolosamente<sup>291</sup>.

Em 1976 é publicado um estudo por David Owen que foi enormemente citado pela jurisprudência na hora da condenação em danos punitivos. Os tribunais passaram, então, a admitir os punitive damages nos casos de responsabilidade civil do produtor sempre que o lesado provasse que o agente teria atuado com negligência grosseira ou indiferença flagrante pelos seus direitos<sup>292</sup>. Ao mesmo tempo, Ponzanelli fez uma tipificação dos casos em que a jurisprudência norte-americana admitia a condenação em danos punitivos nos casos de responsabilidade civil do produtor: “a) condutas comerciais fraudulentas; b) violação de normas legais relativas à segurança dos produtos; c) inadequada verificação ou controlo de qualidade do produto; d) desrespeito pelo dever de aviso acerca dos perigos da utilização do produto; e) incumprimento da obrigação de eliminar os defeitos conhecidos ou cognoscíveis, mesmo depois do produto estar em circulação”<sup>293</sup>.

---

<sup>288</sup> Para mais desenvolvimentos vd. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., pág. 170 e ss.

<sup>289</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., pág. 173. Vd. também Anthony J. Sebok, *Punitive Damages*, ob. cit., págs. 165 e ss.

<sup>290</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., pág. 173.

<sup>291</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., págs. 173 e 174.

<sup>292</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., pág. 174.

<sup>293</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., págs. 174 e 175. Vd também Sofia Leite Borges, *Os Punitive Damages*, ob. cit., pág. 26 e ss.

Caso paradigmático da última categoria é o caso *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, de 1981. Um automóvel fabricado pela FORD começou a arder após uma pequena colisão, provocando a morte do proprietário e ferimentos graves aos passageiros. O fogo fora provocado pela combustão do tanque de gasolina do automóvel, devido à natureza do material do mesmo, facto que já era do conhecimento da empresa FORD. Esta empresa tinha realizado estudos no sentido de saber quanto teria que desembolsar para resolver o problema, mas chegou à conclusão que não iria proceder a modificações uma vez que não acreditou que fosse processada e, mesmo que chegasse a sê-lo, a possibilidade de ser considerada responsável pelas mortes das vítimas era bastante reduzida. Foi alegado ainda que nesta reduzida hipótese de ser condenada, ficaria mais vantajoso à FORD ser condenada no pagamento de compensatory damages do que reduzir os lucros provenientes da venda dos veículos, provenientes da modificação do design do automóvel. Na sequência desta argumentação o júri ficou chocado com o facto de toda a conduta do agente, calculada segundo uma racionalidade económica, ser orientada para a obtenção de um lucro, desprezando a empresa a segurança dos condutores e passageiros do veículo, e colocando, assim, em causa, o valor da vida humana<sup>294</sup>.

Posto isto, o Tribunal da Califórnia puniu de forma exemplar a conduta da FORD, condenando esta ao pagamento de 4.5 milhões de dólares a título de compensatory damages e de 125 milhões de dólares a título de punitive damages.

#### 1.4.6.2. Ordenamento Jurídico Português

Como tivemos ocasião de ver, vários autores olham para o nosso sistema jurídico, tentando encontrar indícios em vários preceitos da existência de uma finalidade punitiva da responsabilidade civil e, concluindo pela existência dessa finalidade, o caminho aberto está para a admissibilidade da condenação do agente ao pagamento de danos punitivos.

No entanto, parece-nos que a finalidade da responsabilidade civil é uma finalidade essencialmente ressarcitória. Recusámos, por exemplo, a existência de uma finalidade

---

<sup>294</sup> Cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., págs. 175 e 176.

punitiva no artigo 494º CC. No entanto, admitimos que esta função está presente no artigo 496º CC, embora não possa ser entendida como uma punição em sentido estrito.

Sobre a possibilidade da condenação em danos punitivos, o que até agora podemos concluir?

Em primeiro lugar, que recusamos a admissibilidade da condenação em danos punitivos no nosso ordenamento jurídico, por princípio.

Em segundo lugar, que a condenação em danos punitivos apenas pode ocorrer se o legislador permitir seguir esse caminho expressamente em alguma norma (veremos se é o que acontece com a ressarcibilidade das lesões aos direitos de personalidade, ao abrigo do artigo 496º)<sup>295</sup>.

Colocamos agora uma questão que se afigura decisiva para cumprir os intentos deste estudo. Será que na indemnização por danos não patrimoniais, o legislador está a permitir a condenação em danos punitivos?

#### 1.4.6.3. Punitive Damages vs Aggravated Damages

Em 1964, no caso *Rooks vs Barnard*, um trabalhador de uma companhia aérea retirou a sua inscrição num sindicato de trabalhadores e foi despedido pela entidade empregadora, uma vez que o sindicato a ameaçou com a possibilidade de fazer uma greve caso não despedisse o trabalhador. Perante esta situação, o trabalhador propôs uma ação judicial contra o sindicato por este ter forçado a entidade empregadora a despedi-lo.

Este caso constitui um marco importante porque estabeleceu a diferença entre os punitive damages e os aggravated damages. Segundo as lições de Júlio Gomes<sup>296</sup> os aggravated damages são os “danos resultantes do impacto do ânimo ou intenção do agente sobre os sentimentos de dignidade e amor próprio do lesado”, ou seja, estes danos exprimem uma ideia de compensação adicional que ainda prossegue um escopo reparador. Por outro lado, os punitive damages (ou exemplary damages) têm apenas por função

---

<sup>295</sup> Como veremos infra, os danos punitivos são uma sanção de tipo penal, pelo que devem obedecer ao princípio do *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.

<sup>296</sup> Vd. Júlio Gomes, *Uma Função Punitiva*, ob. cit., pág. 108.

prevenir condutas graves e punir o agente, pelo que a “quantia atribuída a título de indemnização não tem uma relação directa com o prejuízo sofrido pelo lesado antes traduz a reprovação feita pelo tribunal de uma conduta merecedora de forte censura”<sup>297</sup>. O Restatement (second) of torts §908 (1979) define os danos punitivos como “damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and deter him and others like him from similar conduct in the future”.

Concordamos, assim, com Júlio Gomes quando afirma que “nos encontramos aqui perante condutas merecedoras de uma especial censura e em que o desvalor da acção é particularmente acentuado, designadamente condutas dolosas – ora, o dolo, se é, por um lado, um elemento a ter em conta na identificação do responsável pelo dano é, ainda susceptível (...) de influir no próprio montante deste, p.ex, (...) nos casos de lesão à honra e ao decoro”<sup>298</sup>. Quer isto significar que, quando estamos perante comportamentos suscetíveis de uma elevada censura, os sentimentos de dignidade e amor próprio do lesado vão ser atingidos com uma maior intensidade, pelo que, como veremos, será necessária uma compensação adicional para o apaziguamento deste.

No caso *Rooks vs Barnard*, o tribunal restringiu a condenação ao pagamento dos danos punitivos a três categorias: 1) abusos de poder de autoridade; 2) situações em que o agente se guiou por um escopo lucrativo; e 3) aos casos expressamente previstos na lei<sup>299</sup>.

Nas páginas subsequentes desta dissertação voltaremos a esta questão, onde tomaremos partido sobre a (in)admissibilidade dos danos punitivos por via do artigo 496º CC.

#### 1.4.6.4. Argumentos a favor da admissibilidade da condenação em danos punitivos

Um dos argumentos a favor da admissibilidade da condenação ao pagamento de danos punitivos<sup>300</sup> tem a ver com o caso a partir do qual começámos a nossa exposição.

---

<sup>297</sup> Vd. Júlio Gomes, *Uma Função Punitiva*, ob. cit., pág. 109.

<sup>298</sup> Vd. Júlio Gomes, *Uma Função Punitiva*, ob. cit., págs. 107 e 108.

<sup>299</sup> Vd. Paula Meira Lourenço, *Os Danos Punitivos*, ob. cit., págs. 1032 e 1033, e *A Função Punitiva*, ob. cit., págs. 167 e 168.

Vimos anteriormente que o agente que violou um direito de personalidade da Princesa Carolina do Mónaco<sup>301</sup> obteve um benefício decorrente do comportamento ilícito. Os defensores da condenação em danos punitivos afirmam que o lucro obtido ilicitamente deve ser retirado por esta via de modo a combater um raciocínio puramente económico por parte do agente.

Iremos ocupar algumas linhas na análise desta questão. Tivemos oportunidade de ver que, muitas vezes, o agente modela os seus comportamentos de acordo com uma análise económica. Isto é, o agente compara os custos que a violação de um direito lhe irá causar (montante de indemnização que terá de desembolsar) com o eventual lucro que ele irá obter.

Dentro desta operação há que ter em conta que alguns lesados não irão recorrer aos tribunais<sup>302</sup> ou que estes nem sempre conseguirão fazer prova de todos os requisitos necessários para a efetivação da responsabilidade do agente, não sendo este, desta forma, obrigado a pagar uma indemnização no valor do dano que provocou. Pelo que mais motivos existem para o lesante, com base neste raciocínio, ser incentivado a violar direitos, uma vez que “o lucro compensa”.

Aqui reside o ponto fulcral do pensamento da admissibilidade de danos punitivos. A circunstância de a quantia dos danos punitivos ser incerta e não ter qualquer limite máximo constitui uma das características que lhe atribui mais eficácia. Ora, se o montante dos danos punitivos é incerto e não é limitado, vai dificultar um raciocínio puramente económico por parte do agente. Portanto, será impossível chegar à conclusão de que o “lucro compensa”<sup>303</sup>. Os danos punitivos terão, assim, um grande efeito dissuasor de futuros comportamentos ilícitos, ao mesmo tempo que servirão para punir o lesante pelos seus atos.

---

<sup>300</sup> Vd. Paula Meira Lourenço (*A Função Punitiva*, ob. cit., págs. 385 e ss.) para distinção entre punição civil, montante punitivo e compensação punitiva, designação esta defendida pela autora.

<sup>301</sup> Vd. supra Capítulo I.

<sup>302</sup> Cfr. Júlio Gomes, *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os vários paradigmas do Enriquecimento sem Justa Causa*, Porto, Coimbra Editora, 1998, pág. 752 (vd. também a nota 1185).

<sup>303</sup> Vd. também, Júlio Gomes, *O Conceito de Enriquecimento*, ob. cit., pág. 753, nota 1186; e *Uma Função Punitiva*, ob. cit., pág. 114.

Mas por aqui não se ficam os argumentos favoráveis à existência de danos punitivos.

Se a quantia indemnizatória atribuída aos lesados (via danos punitivos) for superior ao valor dos danos concretamente sofridos, estes terão um estímulo acrescido para recorrerem às instâncias judiciais, uma vez incentivados a receberem um *plus* monetário<sup>304</sup>, acabando de vez com a possibilidade de o lesante, aquando da decisão de violação de um direito, levar em linha de conta a fraca adesão dos lesados aos tribunais.

Outro argumento diz respeito à prevenção dos danos insuscetíveis de avaliação pecuniária. Estes são danos cuja determinação e quantificação não se afiguram fáceis, v.g., danos à saúde ou ao ambiente. Portanto, a condenação do agente em danos punitivos constituiria não só uma medida de punição do agente, mas também uma medida de prevenção de futuros comportamentos desta índole, uma vez que tornaria impossível ao lesante prever qualquer quantia indemnizatória que teria porventura de desembolsar. Esta prevenção alcançar-se-ia por uma via de punição (em sentido estrito)<sup>305</sup>.

Júlio Gomes<sup>306</sup> fala-nos ainda das vantagens das sanções civis sobre as sanções penais. O autor afirma que, em certas áreas, as sanções civis revelam-se mais adequadas. Por exemplo, quanto à difamação, o direito penal não oferece alternativas efetivas. A tentação dos jornais de conseguirem lucro pela criação de escândalos poderia ser contrariada através dos danos punitivos. Ademais, a incapacidade de resposta do direito económico sugere também que se aproveitem as potencialidades das sanções civis.

Por último, a admissibilidade de danos punitivos permitiria a libertação do direito penal de certos comportamentos ilícitos, assumindo este ramo do direito o seu papel de tutela de *ultima ratio*<sup>307</sup>.

---

<sup>304</sup> Cfr. Júlio Gomes, *Uma Função Punitiva*, ob. cit., pág. 114.

<sup>305</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil*, ob. cit., pág. 572, nota 138; e Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva*, ob. cit., págs. 18 e 19, 373 a 375.

<sup>306</sup> Cfr. Júlio Gomes, *Função Punitiva*, ob. cit., pág. 111.

<sup>307</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Reflexões em Torno da Responsabilidade civil*, ob. cit., pág. 572, nota 138.

#### 1.4.6.5. Posição sobre a questão

Como vimos, alguns autores veem no artigo 496º CC o abrir de portas para a admissibilidade dos danos punitivos no ordenamento jurídico português. Como já se deu a entender, não podemos concordar com esta posição.

O artigo 496º, apesar de cumprir um escopo punitivo, não permite a condenação em *exemplary damages*. E isto porque, como foi salientado, a este artigo ainda lhe está subjacente um escopo reparador. Se assim não fosse, a quantia atribuída ao lesado não tinha uma relação direta com o dano e tinha apenas como função punir o infrator e prevenir futuras condutas, prescindindo “da ponderação da repercussão que o comportamento do agente teve na esfera do lesado”<sup>308</sup>. Ora, devido ao comportamento culposos do lesante, o lesado foi atingido nos seus sentimentos de dignidade e amor próprio, pelo que o preceito permite a condenação do agente ao pagamento de uma compensação adicional, através dos *aggravated damages*. Quanto mais censurável for o comportamento do agente (sem esquecer os demais fatores a ter em conta na fixação da indemnização), em maior medida os sentimentos de dignidade do lesado serão atingidos. Assim, para o lesado ficar totalmente apaziguado, o *quantum* indemnizatório terá de ser maior.

Ao preceito em análise não está subjacente uma ideia de punição em sentido estrito. Aquela indemnização adicional não visa, em primeira linha, prevenir comportamentos ou punir o lesante. O primeiro plano passa sempre pelo apaziguamento do lesado.

Até aqui concluímos que o artigo 496º CC não constitui um arrimo legal para a admissibilidade da condenação ao pagamento de danos punitivos. No entanto, mais argumentos se aduzem contra a sua aceitação no ordenamento jurídico português.

Os danos punitivos são uma sanção de tipo penal, sendo, por isso, necessário respeitar alguns princípios próprios do Direito Penal. Um dos princípios basilares deste ramo é o princípio da tipicidade, ou seja, o princípio do *nullum crimen, nulla poena, sine*

---

<sup>308</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil*, ob. cit., pág. 572.



*lege*<sup>309</sup>, que nos diz que não podem ser aplicadas penas que não estejam expressamente previstas em lei anterior<sup>310</sup>. Ora, os danos punitivos não estão previstos em qualquer lei anterior, pelo que estamos perante uma sanção (penal) que não respeita um dos mais importantes princípios do Direito Penal.

No entanto, Júlio Gomes<sup>311</sup> alerta-nos para o facto de este princípio desenvolvido no âmbito do direito penal ter em vista a aplicação de sanções mais gravosas como a pena de privação de liberdade, as penas corporais e a pena de morte (estas últimas não admitidas no ordenamento jurídico português). Por isso, segundo este autor, é questionável que o princípio valha intocado quando se está perante uma pena pecuniária.

Não podemos concordar com esta posição. Seja pena pecuniária, seja pena de privação de liberdade, este princípio basilar vale sem exceções. Não pode existir qualquer punição que não tenha um arrimo exposto na lei, pelo que a cominação em danos punitivos revela-se violador do princípio da tipicidade.

Outro argumento contra a admissibilidade da condenação em danos punitivos relaciona-se com as garantias processuais ao nível do processo penal. Se transpusessemos a possibilidade de condenação em danos punitivos para o direito civil, estaríamos a postergar as garantias processuais próprias do Direito Penal. Corria-se, assim, o risco de desrespeitar os princípios da presunção de inocência, da proibição da auto-incriminação e o princípio *ne bis in idem*<sup>312</sup>.

Quanto ao princípio *ne bis in idem*, autores há que afirmam que o princípio não é violado, uma vez que a pena civil prossegue ainda o interesse do lesado. No entanto, e como vimos, os danos punitivos não têm uma relação direta com o prejuízo sofrido pelo

---

<sup>309</sup> Cfr. Júlio Gomes, *Uma Função Punitiva*, ob. cit., pág. 110; e *O Conceito de Enriquecimento*, ob. cit., pág. 750 e 751; e Mafalda Miranda Barbosa, *Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil*, ob. cit., pág. 574;

<sup>310</sup> Cfr. Maria João Antunes, *Consequências Jurídicas do Crime*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2015, pág. 18.

<sup>311</sup> Júlio Gomes, *O Conceito de Enriquecimento*, ob. cit., págs. 750 e 751.

<sup>312</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil*, ob. cit., pág. 575; e Paula Meira Lourenço, *Os Danos Punitivos*, ob. cit., pág. 1083.

lesado, não cumprindo quaisquer finalidades ressarcitórias. Visam antes punir e prevenir futuros comportamentos ilícitos<sup>313</sup>.

Dissemos anteriormente que um dos pontos fulcrais da admissibilidade da condenação em danos punitivos diz respeito ao raciocínio puramente económico que poderia levar o agente à violação de direitos caso obtivesse um lucro com tal comportamento. Ao admitir-se a existência de danos punitivos, para além de o eventual lucro do lesante ser removido, evitando o seu enriquecimento, obstar-se-á a um raciocínio deste jaez.

No entanto, temos de nos questionar se o lucro obtido ilicitamente ainda pode ser retirado ao agente tendo por base outros institutos jurídicos, ao invés da aplicação da sanção de condenação ao pagamento de danos punitivos. Na hipótese de a resposta ser afirmativa, como adiantaremos desde já, cessa a razão da necessidade de aplicação de uma sanção penal para os casos em análise.

Não existe qualquer imperativo lógico ou qualquer necessidade para justificar a existência de danos punitivos no ordenamento jurídico português. Como veremos, no direito constituído, existe o instituto do enriquecimento sem causa que é apto para tutelar estas situações.

#### 1.4.7. Restituição do Lucro Ilícito dentro da Finalidade Compensatória da Responsabilidade Civil?

Henrique Sousa Antunes, na sua dissertação de doutoramento, afirma que o lucro obtido pelo agente através da violação de direitos de personalidade se pode apagar ainda no âmbito do instituto da responsabilidade civil, mas nega que esteja em causa qualquer finalidade punitiva nesta restituição<sup>314</sup>.

---

<sup>313</sup> No mesmo sentido, vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil*, ob. cit., pág. 575.

<sup>314</sup> Como iremos ver, existem certos casos em que o autor admite que a remoção do lucro cumpre finalidades punitivas.

O autor inicia o seu percurso expositivo tendo por base o pensamento de Aristóteles, o qual distinguia a justiça corretiva da justiça distributiva. Para os nossos propósitos, é a justiça corretiva que ora nos interessa.

A justiça corretiva “documenta a reversão das consequências danosas do facto ilícito praticado por um particular em prejuízo de outro particular”<sup>315</sup>. É aqui que se encontra o pensamento da restrição da indemnização ao valor do dano. Para Aristóteles, “a responsabilidade entre privados tem um assento duplo, na perda do lesado e no proveito do lesante”<sup>316</sup>. A justiça corretiva é o meio-termo entre os extremos da perda e do ganho e cabe ao juiz restabelecer a igualdade. Quanto ao caso do lucro obtido ilicitamente pela violação de direitos de personalidade, este lucro “é um ganho que tem correspondência numa perda do lesado, esta porém, sem expressão económica”<sup>317</sup>. Estamos dentro da justiça corretiva.

Henrique Sousa Antunes vai legitimar a remoção deste lucro pelo instituto da responsabilidade civil, uma vez que, na sua opinião, o lucro constitui um dano autónomo. O regime de compensação dos danos não patrimoniais irá ter uma grande importância neste âmbito.

Não existe um consenso quanto a saber quais as finalidades da indemnização pelos danos não patrimoniais. Mas considera-se unânime que ela prossegue um fim de satisfação do lesado. Ora, “apaziguar os sentimentos da vítima é tarefa que cabe, também, ao direito civil, nele desempenhando um papel valioso a indemnização dos danos não patrimoniais”<sup>318</sup>.

O autor reconhece que o lucro obtido ilicitamente constitui um dano autónomo, pelo que o lesado será tutelado pela via da indemnização dos danos não patrimoniais. O agente, ao conseguir um lucro, fere o sentimento de justiça do lesado, dano que deve ainda ser considerado pelo instituto da responsabilidade civil. “À aflição, à dor, ao desgosto, à deformação estética, à humilhação, reúne-se a indignação pela conduta do autor do facto ilícito. A revolta mede-se pela natureza do dano, pelo grau de culpabilidade do agente, pela

---

<sup>315</sup> Cfr. Henrique Sousa Antunes, *Da Inclusão*, ob. cit., pág. 10.

<sup>316</sup> Cfr. Henrique Sousa Antunes, *Da Inclusão*, ob. cit., pág. 10.

<sup>317</sup> Cfr. Henrique Sousa Antunes, *Da Inclusão*, ob. cit., pág. 14.

<sup>318</sup> Cfr. Henrique Sousa Antunes, *Da Inclusão*, ob. cit., pág. 13.

repercussão social da lesão, pelas vantagens, de carácter económico ou outro, que o facto proporcionou ao autor do dano, pela diferente situação pessoal ou patrimonial em que a lesão colocou as partes, ou por qualquer outra circunstância que a sensibilidade humana reclame atendível”<sup>319</sup>.

A supressão da vantagem económica obtida pelo lesante é sentida pelo lesado como uma consequência necessária da violação do direito. Por isso, a remoção deste lucro deve acrescer à indemnização pelos danos não patrimoniais<sup>320</sup> e só assim o lesado fica totalmente satisfeito.

Henrique Sousa Antunes situa esta solução ainda no plano compensatório da responsabilidade civil, excluindo qualquer efeito punitivo na satisfação do lesado. No entanto, admite que dessa satisfação é indissociável a *vindicta* do lesado, pelo que ainda comporta um efeito punitivo secundário. “A indemnização das lesões não patrimoniais é paradigmática das sanções com efeito punitivo secundário. Perante a insusceptibilidade de avaliação pecuniária dos danos, dá-se a compensação quando o lesado é satisfeito”<sup>321</sup>.

No entanto, não podemos concordar com a posição deste autor.

Não vemos como é que o lucro pode constituir um dano autónomo. Uma coisa é o lucro, outra é o dano. A responsabilidade civil tem em conta a situação do lesado, ou seja, preocupa-se com o dano que este sofreu e de que forma se pode reconstituir a situação que existiria se não fosse comportamento ilícito; já o enriquecimento sem causa tem em conta a situação do lesante, ou seja, preocupa-se com o seu enriquecimento (sem causa justificativa e à custa de outrem). Henrique Sousa Antunes parece fazer confluir os dois institutos.

Por último, ao admitir a existência deste dano autónomo, contribuir-se-ia para um aumento exacerbado dos processos a correr em tribunal e, conseqüentemente, um aumento do número de indemnizações concedidas.

---

<sup>319</sup> Cfr. Henrique Sousa Antunes, *Da Inclusão*, ob. cit., págs. 233 e 234 (vd. também pág. 13).

<sup>320</sup> Cfr. Henrique Sousa Antunes, *Da Inclusão*, ob. cit., pág. 242.

<sup>321</sup> Cfr. Henrique Sousa Antunes, *Da Inclusão*, ob. cit., pág. 613 (vd. também pág. 14). No entanto, este autor admite algumas situações em que, a respeito do resgate do lucro, se cumprem finalidade punitivas. Para mais desenvolvimentos, vd. Henrique Sousa Antunes, *Da Inclusão*, ob. cit., págs. 280 e ss.

Não se descortinando, ao nível da responsabilidade civil, um remédio para fazer face ao enriquecimento do lesado, impõe-se chamar à colação outros institutos civilísticos para, com base neles, refletir se é ou não possível solucionar o problema nos estritos meandros do direito civil e no quadro do direito já constituído.

## Capítulo II

### Os outros institutos civilísticos

#### 2. Gestão de Negócios em geral. Enquadramento.

Um dos institutos que pode ser chamado à colação para a restituição do lucro ilicitamente obtido é o instituto da gestão de negócios. Vejamos quais as razões que militam em prol da sua aplicação.

Segundo o artigo 464º do Código Civil, “Dá-se a gestão de negócios, quando uma pessoa assume a direção de negócio alheio no interesse e por conta do respetivo dono, sem para tal estar autorizada”. Tem o nome de “gestor” aquele que interfere no negócio e “dono do negócio” o seu titular.

O instituto da gestão de negócios tem como objetivo alcançar um equilíbrio entre duas diretivas opostas. Em primeiro lugar, devem-se condenar as intromissões não autorizadas nas esferas pessoal e patrimonial alheias. Em segundo lugar, devem-se proteger determinados comportamentos inerentes do gestor que podem ter sido efetuados

com uma intenção de solidariedade de forma a evitar a ocorrência de um dano irremediável, devido à ausência ou impedimento do dono do negócio<sup>322</sup>.

Três requisitos são necessários para que se verifique uma gestão de negócios<sup>323</sup>: 1) direção de negócio alheio; 2) atuação no interesse e por conta do dono do negócio; e 3) falta de autorização.

Quanto ao primeiro requisito, a aceção do termo negócio deve ser compreendida num sentido amplo, abarcando negócios jurídicos em sentido estrito (v.g. compra e venda, arrendamentos), atos jurídicos não negociais (v.g. cobrança de dívidas) e simples factos materiais (v.g. reparação de um muro). Deste modo, negócio alheio é praticamente sinónimo de assunto ou interesse alheio, que tanto pode consubstanciar um interesse material (v.g. conservação de uma coisa) ou um interesse moral (v.g. o bom nome)<sup>324</sup>. Caso estejam em causa interesses alheios que o agente julgue erroneamente que sejam seus não há verdadeira gestão, isto porque esta pressupõe a consciência (e a vontade) de dirigir negócio alheio<sup>325</sup>.

O segundo requisito diz-nos que o gestor tem de atuar no interesse e por conta do dono do negócio. Ora, se aquele que pensa erroneamente que determinado negócio lhe pertence, agindo, assim, no seu próprio interesse, e se o dono do negócio não aprovar a gestão, aplicam-se as regras do enriquecimento sem causa e não da gestão de negócios. No entanto, aplicar-se-ão as regras da gestão de negócios nas situações em que haja aprovação por parte do *dominus* (art. 472º/1 CC - gestão de negócio alheio julgado próprio).

Por outro lado, na chamada gestão de negócios imprópria, ou seja, nas situações em que o gestor gere um negócio alheio no seu interesse, sabendo que é alheio, aplicam-se as regras definidoras da responsabilidade civil e da possível responsabilidade criminal<sup>326</sup>.

---

<sup>322</sup> Vd. Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 474; e Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., pág. 450.

<sup>323</sup> Vd. Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., págs. 475 e ss.; Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., págs. 451 e ss. Vd., também, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, ob. cit., págs. 81 e ss.

<sup>324</sup> Vd. Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., págs. 451 e 452; Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 475; e Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, ob. cit., págs. 82 e 83.

<sup>325</sup> Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., págs. 453.

<sup>326</sup> Vd. Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 477; e Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., pág. 454.

Porém, não é necessário que o gestor atue em nome alheio. A lei prevê no artigo 471º CC a possibilidade de este agir em nome próprio (gestão não representativa) ou em nome do dono do negócio (gestão representativa). Não basta, todavia, que o agente se destine a satisfazer um interesse alheio. É preciso também que aja por conta de outrem, isto é, que aja com a intenção de transferir para a esfera jurídica de outrem os proveitos e encargos da sua intervenção<sup>327</sup>.

Por último, exige-se que não deve haver entre o gestor e o dono do negócio qualquer título (relação jurídica convencional ou legal) que autorize ou imponha àquele a intromissão nos negócios alheios. Ora, existindo uma causa, proveniente, v.g. de negócio jurídico que autorize a ingerência em negócio alheio, os direitos e obrigações das partes são derivados dessa relação<sup>328</sup>.

As obrigações do gestor estão previstas nos artigos 465º e 466º do Código Civil.

O gestor tem o dever de atuar de acordo com o interesse e a vontade real ou presumível do dono do negócio, desde que esta não seja contrária à lei, ordem pública ou aos bons costumes (art. 465º/a) CC). Segundo Antunes Varela, “o *interesse* a que lei aponta para distinguir a gestão *regular* da *irregular*, consiste na aptidão objetiva do acto (levado a cabo pelo gestor) para satisfazer qualquer necessidade real do dono do negócio”<sup>329</sup>. Existindo várias formas de satisfazer objetivamente a vontade do dono do negócio, o gestor deve adotar aquela que se julgue conforme à vontade presumível daquele<sup>330</sup>.

Diz-nos o artigo 466º/1/2 CC que “o gestor responde perante o dono do negócio, tanto pelos danos a que der causa, por culpa sua, no exercício da gestão, como por aqueles

---

<sup>327</sup> Vd. Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., págs. 455 e 456. Como nota o autor, “haverá *produção directa* desses efeitos na esfera jurídica do *dominus*, se o gestor actuar em nome deste (embora os actos praticados estejam sujeitos a ratificação); haverá simples transferência, quando o gestor, actuando em nome próprio, conta transmitir em seguida os efeitos dos seus actos para o *dominus*”: Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., pág. 456, nota 2.

<sup>328</sup> Vd. Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 477; Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., pág. 457; e Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, ob. cit., págs. 90 e 91.

<sup>329</sup> Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., pág. 460.

<sup>330</sup> Vd. Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., págs. 480 e 481; e Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., pág. 460.

Quanto ao padrão por que se deve reger a atividade do gestor vd. Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., págs. 460 e ss.

que causar com a injustificada interrupção dela”, considerando-se culposa “a atuação do gestor, quando ele agir em desconformidade com o interesse ou a vontade, real ou presumível, do dono do negócio”. Para além de responsabilizar o gestor pelo incumprimento da obrigação analisada no parágrafo anterior, este também é responsabilizado pelo incumprimento do dever de continuar a intervenção até que o negócio chegue a bom termo ou até o dono do negócio possa prover por si mesmo (dever esse que a lei não impõe diretamente ao gestor, mas que o responsabiliza pelo seu incumprimento)<sup>331</sup>.

No entanto, podem existir conflitos entre o interesse e a vontade do dono de negócio. O que fazer nestas situações? Como se viu, a lei manda apenas atender à vontade que não seja contrária à lei, à ordem pública ou aos bons costumes (art. 465º/a)). Assim, a atuação do gestor será regular (isenta de culpa) se praticar um ato contrário à vontade do dono do negócio, mas se for conforme ao seu interesse, no caso da conduta desejada por este seja contrária à lei, ordem pública ou bons costumes. Do mesmo modo, será também regular a gestão se este omitir o ato ilícito (que o dono do negócio praticaria) e optar pelo ato lícito que mais favorece os interesses do *dominus*. Note-se, contudo, que o gestor deve abster-se de praticar todos os atos que presuma serem contrários à vontade do dono do negócio, mesmo que sejam mais favoráveis às conveniências do interessado<sup>332 333</sup>.

Outra das mais importantes obrigações diz respeito à entrega dos valores detidos e prestação de contas (art. 465º/e) CC). Segundo a fórmula consagrada na lei, o gestor deve restituir não só o produto de todas as prestações devidas ao dono do negócio, mas também todos os lucros que obtenha através dos atos celebrados em seu nome ou em nome

---

<sup>331</sup> Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., págs. 458 e 459.

<sup>332</sup> Vd. Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., págs. 462 a 464.

<sup>333</sup> Existem divergências entre os autores sobre como proceder quando o interesse do dono se oponha à sua vontade real ou presumível. Galvão Telles (*Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 188) afirma que o gestor se deve abster de atos que seriam harmônicos com a vontade do gestor, mas se mostram contrários ao real interesse do dono do negócio. No mesmo sentido milita Menezes Cordeiro (*Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 18; *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, ob. cit., pág. 97). Por outro lado, Menezes Leitão (*A Responsabilidade do Gestor Perante o Dono do Negócio no Direito Civil Português*, Coimbra, Almedina, 2005, págs. 219 e 220) afirma que deve existir uma ideia de sistema móvel, com prevalência do elemento subjetivo, mas permitindo-se em certos casos a ultrapassagem deste elemento por razões de especial intensidade do critério objetivo. Por fim, Vaz Serra (*Gestão de Negócios*, in *Boletim do Ministério da Justiça* 48, 1995, pág. 122 *apud* Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, ob. cit., pág. 97) e Ribeiro Mendes (*A Gestão de Negócios no Direito Civil Português*, 1971, polic. *apud* Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, ob. cit., pág. 97) dão prevalência ao interesse do dono.



próprio<sup>334</sup>. No entanto, segundo o artigo 472º/1 CC, se o gestor gerir negócio alheio, com convicção de que é próprio, o dono do negócio só poderá exigir a restituição de tudo o que o gestor recebeu se aprovar a gestão (art. 469º CC).

Uma das obrigações do dono do negócio é a aprovação da gestão. Segundo Antunes Varela, a aprovação é “o juízo global, genérico, indiscriminado, de concordância com a actuação do gestor emitido pelo dono do negócio. É um acto equivalente, nos seus efeitos práticos, à declaração de que considera a gestão, no geral, conforme ao seu interesse e à sua vontade”<sup>335</sup>.

Havendo aprovação ou provando-se que o gestor atuou em conformidade com o interesse e vontade real ou presumível do dono do negócio, duas consequências se extraem: cessa a responsabilidade do gestor pelos danos que haja causado e reconhece-se o direito de ser reembolsado pelas despesas que ele fundadamente tenha considerado indispensáveis e de ser indemnizado pelo prejuízo que sofreu (art. 468º/1 CC)<sup>336</sup>. Não existindo aprovação nem se provando que o gestor atuou de acordo com o interesse e vontade do dono do negócio, este responderá apenas com base no instituto do enriquecimento sem causa.

A aprovação distingue-se da ratificação. Segundo Antunes Varela, a ratificação consiste na “declaração de vontade pela qual alguém faz seu ou chama a si o acto *jurídico* realizado por outrem em seu nome, mas sem poderes de representação”<sup>337</sup>. Pode haver aprovação sem ratificação no caso de o *dominus* não quiser contestar os direitos atribuídos pela lei ao gestor, mas do mesmo modo, não quiser chamar a si algum ou alguns dos negócios celebrados em seu nome. Inversamente, pode também ocorrer ratificação sem aprovação, se o dono do negócio entender que o gestor não respeitou a sua vontade ou o seu interesse, mas pretender chamar a si os negócios realizados<sup>338</sup>.

---

<sup>334</sup> Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., pág. 464.

<sup>335</sup> Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., pág. 467. Vd. também Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, ob. cit., pág. 113.

<sup>336</sup> Vd. Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 483, 484 e 486; e Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., págs. 466 e 467.

<sup>337</sup> Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., pág. 467.

<sup>338</sup> Vd. Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., pág. 468.

## 2.1. Gestão de Negócios Imprópria

Referimos acima o que se entendia por gestão de negócios imprópria. Neste capítulo iremos desenvolver esta modalidade, uma vez que poderá constituir um artifício adequado para prosseguir o objetivo que temos almejado alcançar: a restituição do lucro obtido ilicitamente por um agente que viole direitos de personalidade.

O artigo 472º do Código Civil dispõe que se alguém gerir negócio alheio, convencido de que ele lhe pertence não lhe é aplicável o regime da gestão de negócios, salvo se o dono do negócio aprovar a gestão. Subjacente a esta disposição está uma ingerência na esfera jurídica alheia em que não existe intenção por parte do gestor em atribuir a outrem o resultado dos atos que pratica. O gestor pretende atribuí-lo a si próprio. Justamente por isso, segundo Menezes Leitão, o legislador recusa qualificar esta hipótese como gestão de negócios e manda aplicar o regime do enriquecimento sem causa, respeitada a regra prevista no artigo 474º CC<sup>339</sup>. Porém, a disposição não deixa de ter um conteúdo útil, porque permite a aplicação do regime da gestão de negócios aos casos em que haja aprovação pelo *dominus*<sup>340</sup>. Se assim ocorrer, o interventor terá a obrigação de restituir todos os ganhos obtidos pela sua atuação.

A gestão de negócios imprópria diz respeito aos casos em que existe uma ingerência numa esfera jurídica alheia, tendo o interventor consciência que o negócio é alheio, mas também a intenção de se apropriar dos resultados do negócio<sup>341</sup>.

Mas qual a importância destas modalidades para o nosso intento? Como iremos ver o instituto do enriquecimento sem causa tem uma natureza subsidiária, nos termos do art. 474º CC. Os casos agora analisados dizem respeito, como vimos, a uma ingerência em esfera alheia que é contemplada primordialmente pelo direito português a propósito da gestão de negócios alheios julgados próprios (art. 462º CC). Determina o legislador que o

---

<sup>339</sup> Vd. Menezes Leitão, *O Enriquecimento Sem Causa*, ob. cit., págs. 679 e 680.

<sup>340</sup> Vd. Menezes Leitão, *O Enriquecimento Sem Causa*, ob. cit., pág. 680.

<sup>341</sup> Vd. Menezes Leitão, *O Enriquecimento Sem Causa*, ob. cit., págs. 680 e 681.

Segundo Pereira Coelho, a gestão de negócios imprópria verifica-se quando “falta o *animus negotia aliena gerendi* que caracteriza a gestão de negócios propriamente dita, e o «gestor», sabendo que os bens são alheios, age conscientemente no seu exclusivo interesse, com a intenção de gerir o seu próprio negócio e não o de outrem e de fazer seus todos os lucros que da gestão provenham”: Francisco Pereira Coelho, *O Enriquecimento*, ob. cit., pág. 86. Vd. também, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, ob. cit., pág. 69.

regime da gestão de negócios fica dependente da aprovação por parte do *dominus*. Na hipótese de não existir aprovação, “aplicam-se as regras do enriquecimento sem causa, sem prejuízo de outras que ao caso couberem” (art. 472º/1 CC), aplicando-se, porém, as regras atinentes à responsabilidade civil “se houver culpa do gestor na violação do direito alheio” (art. 472º/2 CC). Para Menezes Leitão<sup>342</sup>, essa norma é também “aplicável por analogia à gestão de negócios imprópria, em que o gestor gere por conta própria um negócio que sabe ser alheio”. A especialidade deste artigo está no facto de o dono do negócio poder escolher entre ficar sujeito ao regime do enriquecimento sem causa (não aprovando a gestão), ficando submetido aos correspondentes limites, ou às regras da gestão de negócios (aprovando a gestão), com as obrigações inerentes, acima analisadas<sup>343</sup>.

Deste modo, o instituto do enriquecimento sem causa só se aplicará se o artigo 472º CC, respeitante à gestão de negócios, não se aplicar.

É, porém, discutido na doutrina se a possibilidade de escolha atribuída pelo artigo 472º CC se aplica nos casos de gestão de negócios imprópria, figura essa admitida no § 687, II do Código Civil Alemão e no 423 do Código das Obrigações Suíço e cuja introdução no nosso ordenamento jurídico chegou a ser proposta no Anteprojeto de Vaz Serra.

Para Pereira Coelho não é legítima a orientação que permita a restituição de todo o lucro obtido pelo gestor de má-fé ao dono do negócio<sup>344</sup>. O autor afirma que se pode extrair dos trabalhos preparatórios do Código um argumento em sentido contrário. O princípio da gestão de negócios imprópria não tinha tradição em legislação anterior nem resulta de outros princípios gerais de direito. Não pode pensar-se que o artigo correspondente no Anteprojeto tenha sido eliminado por ser inútil. O legislador terá entendido que já era bastante a sujeição do caso às regras da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa<sup>345</sup>. Pereira Coelho também questiona. Será justo que o gestor entregue todo o lucro que obteve, mesmo que esse lucro fosse gerado por circunstâncias especiais do gestor? Por um lado, pode parecer justo atendendo à má-fé do agente. Vistas

---

<sup>342</sup> Vd. Menezes Leitão, *O Enriquecimento*, ob. cit., pág. 664; e *A Responsabilidade do Gestor*, ob. cit., págs. 234 e 235.

<sup>343</sup> Vd. Menezes Leitão, *O Enriquecimento*, ob. cit., pág. 680.

<sup>344</sup> Vd. Francisco Pereira Coelho, *O Enriquecimento*, ob. cit., pág. 88.

<sup>345</sup> Vd. Francisco Pereira Coelho, *O Enriquecimento*, ob. cit., págs. 88 e 89.

as coisas deste prisma, o agente não deveria beneficiar de uma intervenção ilícita em negócios alheios. No entanto, este é apenas um lado do problema. A solução deve também ser justa do ponto de vista do dono do negócio. Isto é, “há-de ser justo, *não só tirar o lucro ao interventor, senão ainda atribuí-lo ao titular do direito*. Ora, neste último aspecto só pode ser justo atribuir o lucro ao titular do direito se puder admitir-se a hipótese de que este o teria feito caso assumisse pessoalmente a direcção do negócio”<sup>346</sup>.

Menezes Leitão não concorda com a posição. A não aplicação do princípio da gestão de negócios quando o legislador permite sujeitar o gestor do negócio alheio julgado próprio à obrigação de restituição do obtido (caso o titular aprove a gestão) representaria uma “autêntica contradição valorativa, instituindo um tratamento mais benéfico para a actuação de má-fé”<sup>347</sup>. A lição de direito comparado merece também destaque. Os ordenamentos jurídicos Alemão e Suíço não atribuem ao gestor de negócios impróprio um regime mais benéfico que o atribuído ao gestor de negócio alheios julgados próprios, fazendo quando muito o inverso<sup>348</sup>. Menezes Leitão propugna, assim, por uma aplicação analógica do artigo 472º à gestão de negócios imprópria. A tese de que não seria justo atribuir ao titular do direito todo o lucro só poderia ser defendida se a lei não tivesse reconhecido essa possibilidade no âmbito da gestão de negócios alheios julgados próprios<sup>349</sup>.

Júlio Gomes também não está de acordo com a posição de Pereira Coelho. Apesar de admitir que alguns deveres acessórios do gestor apenas se compaginam se se compreenderem à luz de uma relação lícita, como é o caso da obrigação de continuar a gestão, e não com os casos em que o gestor age com intenção de gerir um negócio alheio, o autor afirma que não se deve afastar a aplicação à gestão de negócios imprópria o dever de restituir todo o lucro<sup>350</sup>. O autor dá-nos conta que Sacco também se pronunciou nesse sentido. Baseado num preceito do Código Civil Italiano que permite ao *dominus* aprovar a

---

<sup>346</sup> Vd. Francisco Pereira Coelho, *O Enriquecimento*, ob. cit., pág. 89.

<sup>347</sup> Vd. Menezes Leitão, *O Enriquecimento*, ob. cit., pág. 682.

<sup>348</sup> Vd. Menezes Leitão, *O Enriquecimento*, ob. cit., págs. 681 e 682.

<sup>349</sup> Vd. Menezes Leitão, *O Enriquecimento*, ob. cit., pág. 682; e *A Responsabilidade do Gestor*, ob. cit., págs. 234 e 235.

<sup>350</sup> Vd. Júlio Gomes, *A Gestão de Negócios: Um Instituto Jurídico Numa Encruzilhada*, in *Separata do Vol. XXXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1993, pág. 121.

gestão levada a cabo por quem age na crença de estar a cuidar de coisa própria e chamar a si todos os efeitos da intervenção (nomeadamente a restituição do lucro), Sacco afirma que a disposição não pode ser interpretada literalmente, mas representa “a manifestação de um princípio mais geral segundo o qual o titular de um património pode sempre pretender de quem se ingere no próprio património, o lucro assim conseguido”<sup>351</sup>. Se só nos casos de convicção errónea do agente de gerir negócio próprio é que o *dominus* pudesse aprovar a gestão, estar-se-ia a colocar o gestor de boa-fé numa situação mais desfavorável do que a do interventor de boa fé<sup>352</sup>. Júlio Gomes interroga se esta obrigação de restituição do lucro é assim tão injusta como o afirma Pereira Coelho. De facto, como sustenta o último, sempre alguma injustiça tem que existir em qualquer dos termos da alternativa. No entanto, Júlio Gomes é de opinião de que a alternativa de permitir que alguém receba e conserve um lucro que não fez, em detrimento de permitir que alguém conserve um ganho ilícito (sobretudo quando obtido ilicitamente) é “preferível e mais coerente com uma das linhas de força de qualquer ordem jurídica: a de que a prática do ilícito não pode, não deve compensar”<sup>353</sup>.

## 2.2. Posição sobre a questão

Vimos que uma das obrigações do gestor é a restituição de todo o lucro que tiver obtido ao dono do negócio. Vimos também que, segundo alguns autores, esta obrigação se poderá aplicar aos casos de gestão de negócios imprópria.

No entanto, parece-nos que o instituto não é adequado para tutelar as situações em que um lucro é obtido ilicitamente pela violação de direitos de personalidade<sup>354</sup>. Vejamos. Uma das obrigações do gestor, em caso de aprovação da gestão pelo *dominus*, é restituir os lucros obtidos (art. 465º/e) CC). Porém, se a gestão tiver sido exercida em conformidade com o interesse e a vontade, real ou presumível, do dono do negócio, é este obrigado a reembolsar o gestor das despesas que ele fundamentamente tenha considerado indispensáveis,

---

<sup>351</sup> Sacco, *L'Arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto. Contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*, apud Júlio Gomes, *A Gestão de Negócios*, ob. cit., págs. 121 e 122.

<sup>352</sup> Vd. Júlio Gomes, *A Gestão de Negócios*, ob. cit., pág. 122.

<sup>353</sup> Vd. Júlio Gomes, *A Gestão de Negócios*, ob. cit., págs. 124 e 125.

<sup>354</sup> Neste sentido, vd. Henrique Sousa Antunes, *Da Inclusão*, ob. cit., págs. 244 a 246.

com juros legais a contar do momento em que foram feitas, e a indemnizá-lo do prejuízo que haja sofrido (art. 468º/1 CC). Além de que a aprovação da gestão implica a renúncia ao direito de indemnização pelos danos devidos a culpa do gestor (art. 469º CC).

Posto isto, soa estranho ao nosso pensamento que o dono do negócio, para obter todo o lucro resultante de uma atividade ilícita levado a cabo pelo gestor, tenha de aprovar o negócio e ainda tenha de reembolsar o gestor das despesas e indemnizá-lo pelo prejuízo que haja sofrido. Acresce ainda que renuncia ao direito de indemnização pelos danos devidos a culpa do gestor!

Ao que parece, um instituto que, numa análise superficial, parece tutelar a posição do lesado, com todas as obrigações que lhe impõe, torna-se antes um instituto que “nada” protege. Além de que sujeitar-se a estas obrigações para obter um lucro indevido contraria todo um pensamento que pretende proteger o lesado.

Pensamos, portanto, que a gestão de negócios imprópria não é apta para resolver o problema sob análise.

### 3. Enriquecimento Sem Causa

Segundo o número 1 do artigo 473º do Código Civil, “aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou”. Estamos aqui perante o instituto do enriquecimento sem causa.

Porém, este instituto possui uma natureza subsidiária. Ora, segundo o disposto no artigo 474º CC “não há lugar à restituição por enriquecimento, quando a lei facultar ao empobrecido outro meio de ser indemnizado ou restituído, negar o direito à restituição ou atribuir outros efeitos ao enriquecimento”.

Nas páginas subsequentes desta dissertação iremos perceber se poderemos efetivamente recorrer a este instituto para resolver o problema do resgate do lucro obtido ilicitamente e, se a resposta for afirmativa, saber se é realmente adequado para cumprir tal finalidade.

Mas antes de começarmos a analisar os pressupostos da aplicação do enriquecimento sem causa, iremos analisar a questão da sua subsidiariedade.

### 3.1. Subsidiariedade do Instituto do Enriquecimento Sem Causa

Como vimos, segundo o artigo 474º CC, o instituto do enriquecimento sem causa tem uma natureza subsidiária. E, de facto, muitos dos casos que este instituto podia abranger já são resolvidos com base em outros meios.

Ora, em grande parte dos casos de deslocações patrimoniais desprovidas de causa justificativa, a lei faculta aos lesados outros recursos para sua tutela. A nulidade de negócios jurídicos constitui um dos exemplos. Aqui, a declaração de nulidade determina a obrigação de restituir a coisa (se for esse o objeto do contrato). Nesta situação não se irá recorrer ao instituto do enriquecimento sem causa<sup>355</sup>. No entanto, para além destes casos, temos ainda aqueles em que a lei veda o direito de restituição ao lesado (p.e., casos de prescrição e usucapião) e os que a lei atribui outros efeitos ao enriquecimento (v.g. levantamento das benfeitorias úteis realizadas na coisa, desde que esse levantamento se processe sem deterioramento da coisa – art. 1273º CC - e especificação de má fé – art. 1337º CC).

Sobre esta questão temos que salientar ainda um problema. Existem situações em que estão preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa, mas que o montante do enriquecimento é superior ao dano do lesado. Será que a parcela do enriquecimento não removido pela responsabilidade civil é passível de ser removida por via do enriquecimento sem causa? A resposta deve ser afirmativa<sup>356</sup>. Não parece que a lei tenha pretendido excluir o recurso a este instituto.

Este ponto assume grande relevância para o objeto do nosso artigo. Ora, se um agente retirar um lucro pela violação de um direito de personalidade, ou seja, um valor superior ao montante da indemnização-compensação, e se verificarmos que estão preenchidos os pressupostos para aplicação do instituto do enriquecimento sem causa é por esta via que o lucro ilícito irá ser resgatado.

---

<sup>355</sup> Os efeitos entre a obrigação de restituição oriunda da declaração de nulidade e do enriquecimento sem causa são diferentes. Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., pág. 498.

<sup>356</sup> Neste sentido, Leite Campos, *A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003, págs. 319 e ss.; e Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., págs. 503 e 504.

### 3.2. Relação entre Enriquecimento sem Causa e Responsabilidade Civil

Os institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa têm uma função genérica comum: a redistribuição de riqueza. Segundo Leite Campos, “a função genérica dos institutos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil é a de operarem a restauração de um equilíbrio patrimonial perturbado, de promoverem a redistribuição da riqueza segundo as exigências legais da justiça”<sup>357</sup>.

No entanto, o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil têm traços distintivos.

Em primeiro lugar, a responsabilidade civil prossegue, em primeiro plano, uma finalidade ressarcitória, ou seja, visa em primeira linha reparar um dano. O que provoca a reação da lei é uma diminuição verificada no património do lesado. Por outro lado, o enriquecimento sem causa visa remover um enriquecimento obtido sem causa justificativa à custa de outrem. Em sentido contrário à responsabilidade civil, o que aqui provoca a reação da lei é um aumento no património do lesante (um enriquecimento).

Em segundo lugar, na responsabilidade civil, a remoção de um eventual enriquecimento é indireta. Quer isto significar que todo o enriquecimento (sem justa causa e à custa de outrem) não removido pelo instituto da responsabilidade civil irá ser removido, desta vez diretamente, através do instituto do enriquecimento sem causa, se preenchidos os requisitos da sua aplicação. Neste instituto, como iremos ver, o enriquecimento não é limitado pelo valor do dano. Assim, no enriquecimento sem causa atende-se ao enriquecimento do lesante, enquanto na responsabilidade civil se atende ao dano e ao ato gerador do dano<sup>358</sup>.

---

<sup>357</sup> Cfr. Leite Campos, *A subsidiariedade*, ob. cit., pág. 320, nota 1.

<sup>358</sup> No mesmo sentido, vd., p.e., Leite Campos, *A Subsidiariedade*, ob. cit., págs. 320-324, nota 1; Francisco Pereira Coelho, *O Enriquecimento e o Dano*, ob. cit., págs. 20 e ss; e Luís Menezes Leitão, *O Enriquecimento Sem Causa no Direito Civil – Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*, Coimbra, Almedina, 2005, págs. 675 e ss.

Este último autor entende que a possibilidade de concurso entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa é confirmada pelo artigo 498º/4 CC, que nos diz que “a prescrição do direito de indemnização não importa prescrição da ação de reivindicação nem da ação de restituição por enriquecimento sem causa, se houver lugar a uma ou a outra”.



### 3.3. Requisitos de aplicação do instituto do enriquecimento sem causa

#### 3.3.1. Requisito do “Enriquecimento”

O enriquecimento consiste na obtenção de uma vantagem de caráter patrimonial, podendo revestir diversas formas. Pode traduzir-se num aumento do ativo patrimonial (v.g. lucro obtido pela venda de jornais com uma notícia falsa e difamatória), numa diminuição do passivo (v.g. alguém paga uma dívida existente do devedor, julgando estar a cumprir uma dívida própria), no uso ou consumo de coisa alheia ou exercício de direito alheio quando os atos sejam suscetíveis de ser avaliados pecuniariamente (v.g. consumo de uma garrafa de vinho de reserva pertencente a terceiro) e na poupança de despesas (v.g. na obrigação de alimentos de pais a filhos, um dos progenitores procede à alimentação do descendente, julgando erroneamente tratar-se de seu filho)<sup>359</sup>.

Segundo o disposto no artigo 479º CC a obrigação de restituir engloba “tudo quanto se tenha obtido à custa do empobrecido”. Mas o enriquecimento pode ser entendido de dois modos. Pode tratar-se de um enriquecimento real ou de um enriquecimento patrimonial.

No enriquecimento real, o enriquecimento irá corresponder ao valor objetivo da vantagem patrimonial real adquirida. Isto é, a vantagem será objetivamente e isoladamente considerada.

No enriquecimento patrimonial, o enriquecimento irá corresponder à diferença (para mais) no património do enriquecido. Resulta da comparação entre a situação em que o beneficiário se encontra (situação real) com aquela em que estaria se não houvesse a deslocação patrimonial (situação hipotética).

O cálculo do enriquecimento patrimonial, apesar de também assentar numa diferença entre duas situações patrimoniais, difere do cálculo do apuramento do *quantum* indemnizatório na responsabilidade civil. Quanto a esta, como vimos, o artigo 566º do Código Civil consagra a teoria da diferença para determinação do montante de indemnização: “sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indemnização em

---

<sup>359</sup> Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., pág. 481.

dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado (...) e a que teria (...) se não existissem danos”. Assim, na responsabilidade civil, a diferença a ter em conta no cálculo do montante indemnizatório diz respeito ao património do credor (o lesado). Ao invés, no enriquecimento patrimonial atende-se ao património do devedor (o enriquecido). Além de que, no enriquecimento patrimonial, a diferença não é para menos (como o é na responsabilidade civil), mas sim para mais, ou seja, não se trata de apurar um défice, mas sim apurar um enriquecimento.

Voltando à distinção entre enriquecimento real e enriquecimento patrimonial, iremos utilizar o exemplo de escola da instalação em casa alheia para melhor compreender a diferença entre estes conceitos<sup>360</sup>.

Imaginemos que a renda normal de um prédio se cifra em 200 euros por mês. Se uma pessoa se instalar nesse prédio sem qualquer autorização, o enriquecimento real será o valor dessa renda, ou seja, se o enriquecido se tiver instalado no prédio durante 10 meses, o enriquecimento real será de 2.000 euros. Já o enriquecimento patrimonial é de mais difícil apuramento. Na fixação do montante do enriquecimento patrimonial há que ter em conta o efeito ou a influência que a instalação em casa alheia teve no património do enriquecido. Terá de se apurar a situação real do património do enriquecido, que vai depender do modo como a vantagem atuou no seu património (derivando da utilização que tiver dado ao prédio), e a situação hipotética em que estaria caso não se tivesse instalado em casa alheia (v.g. despesas com o consumo de outros bens ou serviços que com a instalação acabou por evitar - neste caso o seu enriquecimento estaria na poupança de despesas). Assim, no apuramento desta situação hipotética do enriquecido influi o conhecimento dos encargos que este estaria disposto a assumir (o valor da renda que estaria disposto a pagar) ou que teria realmente de suportar (despesas que evitou com a instalação em casa alheia).

Com os conceitos já definidos, iremos partir agora para a determinação do *quantum* restitutivo.

Em primeiro lugar, é importante esclarecer que o beneficiado não será obrigado a restituir todo o objeto da deslocação patrimonial, mas apenas a restituir aquilo com que

---

<sup>360</sup> Seguimos as considerações de Antunes Varela (*Das Obrigações em Geral*, ob. cit., pág. 481 e 482) e Francisco Pereira Coelho (*O Enriquecimento e o Dano*, ob. cit., págs. 26 e 27).

efetivamente enriqueceu. O enriquecimento constitui, assim, o limite da obrigação de restituição.

Mas pergunta-se, qual dos dois conceitos de enriquecimento está consagrado no ordenamento jurídico português?

O número 1 do artigo 2º do Anteprojeto do atual Código Civil, da autoria de Vaz Serra, dizia que “salvo o disposto no §6º do presente artigo, o enriquecimento consiste numa melhoria da situação patrimonial do obrigado a restituir, representando a diferença entre o estado actual do seu património e o estado em que ele se encontraria se não tivesse tido lugar a deslocação, sem causa, de valores”. No entanto, o preceituado neste artigo não foi consagrado no projeto final do Código Civil de 1966.

Para nós, os argumentos históricos são sempre falíveis. A não transposição do artigo para o projeto final tanto pode significar que o legislador não quis que essa conceção de enriquecimento viesse a ser consagrada, como significar que era essa a conceção que o legislador adotou, mas que era desnecessário consagrá-la expressamente, ou ainda que o legislador quis deixar essa tarefa para o intérprete.

A nosso ver, é o conceito de enriquecimento patrimonial que a lei aceita. Segundo as palavras de Pereira Coelho<sup>361</sup>, “pretendendo remover o enriquecimento do património do enriquecido, decerto que a lei tem de saber se neste património há efectivamente um enriquecimento e qual ele é”. Se propugnássemos um conceito real de enriquecimento, fazendo uma avaliação abstrata do mesmo, não saberíamos qual era na verdade o enriquecimento que o beneficiado teria, porque quem usa ou consome uma coisa não se enriquece na medida do seu valor avaliado em termos objetivos, mas sim na medida da utilidade que o seu uso representou para o beneficiado<sup>362</sup>. Uma coisa é o valor objetivo da vantagem adquirida, outra é o enriquecimento que essa coisa proporcionou ao beneficiado.

Para além disso, existe outro argumento para a defesa do conceito patrimonial do enriquecimento que diz respeito à variabilidade do dano. Os bens adquiridos podem ter

---

<sup>361</sup> Cfr. Francisco Pereira Coelho, *O enriquecimento e o Dano*, ob. cit., pág. 37.

<sup>362</sup> Segundo as palavras de Leite Campos (*A subsidiariedade*, ob. cit., pág. 452), “é necessário, em todos os casos, averiguar do impacto, da influência da deslocação patrimonial no património do enriquecido. E esta influência é contingente, não só no momento inicial, por depender das particulares características dessa pessoa e desse património, como por variar no tempo conforme as alterações dessas características”.

diminuído de valor, ter sido doados, ou o beneficiário pode ter realizado despesas supérfluas que não trouxeram nenhuma vantagem ao seu património. Nestes casos, apenas a noção de enriquecimento patrimonial levará ao apuramento de um resultado justo, uma vez que aqui o enriquecimento é diminuto ou até inexistente<sup>363</sup>.

### 3.3.2. Requisito “à custa de outrem”

Segundo o artigo 473º CC, só quem enriquecer (sem causa justificativa<sup>364</sup>) à custa de outrem é que é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou.

Na maior parte dos casos, a vantagem patrimonial de um sujeito resulta de uma desvantagem patrimonial de outro sujeito. Imaginemos o seguinte exemplo: o credor cede o crédito a um terceiro, mas não notifica a cedência ao devedor. O devedor, não tendo conhecimento desta cedência, procede ao pagamento do crédito ao cedente. Neste caso, à vantagem obtida pelo cedente (prestação do devedor) corresponde a perda do direito de crédito do cessionário sobre o devedor (art. 583º CC)<sup>365</sup>.

### 3.3.3. Limite pelo dano patrimonial?

Vários autores<sup>366</sup> afirmam que para se poder aplicar o instituto do enriquecimento sem causa não basta que haja um enriquecimento do devedor (sem justa causa e à custa de outrem), mas também é necessário que exista um empobrecimento do credor da pretensão restituitória.

Um dos possíveis sentidos das palavras “à custa de outrem” aponta para esse caminho, ou seja, que a obrigação de restituição esteja limitada ao dano patrimonial. O dano patrimonial diz respeito à diferença entre a situação atual do património do lesado

---

<sup>363</sup> Cfr. Leite Campos, *A Subsidiariedade*, ob. cit., pág. 454.

<sup>364</sup> Sobre o requisito “sem causa justificativa”, vd. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., págs. 482 e ss.

<sup>365</sup> Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., pág. 489.

<sup>366</sup> Vd. indicações bibliográficas fornecidas por Francisco Pereira Coelho em *O Enriquecimento e o Dano*, ob. cit., pág. 41, nota 88; e Henrique Sousa Antunes, *Da Inclusão do Lucro Ilícito*, ob. cit., pág. 212, nota 538. Vd., também, Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, ob. cit., págs. 409 e ss.

Para mais desenvolvimentos, vd. Leite Campos, *A Subsidiariedade*, ob. cit., págs. 455 e ss.

(situação real) e a situação em que se encontraria se não fosse a lesão (situação hipotética). Trata-se de uma diferença para menos no património do lesado.

Para além disso, o legislador no artigo 479º do CC utiliza o termo “empobrecido”<sup>367</sup>, podendo originar interpretações no sentido do limite da obrigação de restituição se fixar pelo dano patrimonial.

Consideremos o seguinte exemplo. António realizou benfeitorias no prédio de Bernardo, valorizando-o em 500 euros. No entanto, estas benfeitorias custaram a António apenas 200 euros. Deste modo, Bernardo enriqueceu-se à custa de António num montante de 500 euros (enriquecimento patrimonial), mas só terá de restituir a este o valor de 200 euros caso exista uma limitação da obrigação de restituição pelo dano patrimonial (montante do empobrecimento).

Assim, e no que respeita ao lucro do agente pela violação de direitos de personalidade, se se aderisse à tese do duplo limite nesta versão tradicional, o instituto do enriquecimento sem causa não era apto para proceder a esta remoção, uma vez que o património do lesado não sofre nenhum empobrecimento.

No entanto, para nós, esta doutrina é de rejeitar. Não cremos que o legislador tenha consagrado esta tese no atual Código Civil.

Atentemos nos seguintes exemplos. Caso existisse o limite do enriquecimento patrimonial, quem consumisse garrafas de vinho de outrem não teria de restituir o enriquecimento (mesmo que tivesse poupado despesas) se provasse que o proprietário das garrafas não as iria consumir nem alienar, uma vez que não existiria qualquer empobrecimento do proprietário. O mesmo acontece nos casos de alguém fumar os cigarros de outrem, provando que o proprietário não os iria consumir, ou de alguém editar uma obra alheia sem consentimento e com isso obter lucros, não os tendo de restituir se a outra parte não procedesse à sua exploração económica<sup>368</sup>.

Para além disso, a ação de enriquecimento sem causa visa remover um enriquecimento obtido pelo lesante e não remover um dano no património do

---

<sup>367</sup> O artigo 474º CC também afirma que “não há lugar à restituição por enriquecimento, quando a lei facultar ao empobrecido (...)”.

<sup>368</sup> Cfr., p.e., Pereira Coelho, *O enriquecimento e o Dano*, ob. cit., págs. 42 e 43.

empobrecido<sup>369</sup>. Nestas situações, a lei reage pelo facto de “determinado valor estar no património de A quando o lugar dele não é aí mas no património de B”<sup>370</sup>. Quem utiliza bens que pertencem a outrem, enriquecendo-se por causa dessa utilização, deve restituir a medida de enriquecimento ao titular do direito, independentemente do empobrecimento.

#### 3.3.4. Limite pelo dano real?

Já vimos que, por um lado, a obrigação de restituição é limitada ao enriquecimento patrimonial do interventor e que, por outro lado, não existe o limite pelo dano patrimonial. Mas será que existe mais algum limite à obrigação de restituição?

Segundo Pereira Coelho<sup>371</sup>, a obrigação de restituição está também limitada pelo dano real, ou seja, pelo valor objetivo do uso ou dos bens consumidos ou alienados, pois só até este valor o interventor se enriqueceu “à custa de outrem”. Para este autor, esta é a versão exata da doutrina do duplo limite (o enriquecimento sem causa não está limitado pelo enriquecimento real e dano patrimonial, mas sim pelo enriquecimento patrimonial e dano real), sendo que os resultados daqui obtidos não se afiguram, na sua opinião, injustos. Vejamos.

Imaginemos que o interventor estava de boa-fé quando atuou sobre bens alheios. Ora, afigura-se justo que o lucro que exceda o dano real fique em suas mãos, uma vez que constitui uma justa compensação da atividade desenvolvida, da sua iniciativa. O interventor pode até ter contribuído com os seus próprios bens para a obtenção deste lucro. No entanto, também se afigura justo que este pague ao titular desses bens uma compensação correspondente ao valor objetivo desse uso, consumo ou alienação, visto que o lucro proveio de bens que não eram seus.

Pereira Coelho, analisando os diversos interesses gerais em causa, diz-nos que a limitação da obrigação de restituição pelo dano real facilita a livre iniciativa e atividade

---

<sup>369</sup> Vd. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, ob. cit., págs. 382 a 414 (em especial 412 a 414) e 417.

<sup>370</sup> Cfr. Pereira Coelho, *O enriquecimento e o Dano*, ob. cit., pág. 47. Vd. também Henrique Sousa Antunes, *Da Inclusão*, ob. cit., pág. 244.

<sup>371</sup> Iremos seguir as Lições de Francisco Pereira Coelho (*O Enriquecimento e o dano*, ob. cit., págs. 39 e 68 e ss).

dos indivíduos. Porém, este autor admite que outros interesses, como a não intromissão ou ingerência na esfera jurídica alheia e a eficaz prevenção de futuros comportamentos, irão ser postos em causa<sup>372</sup>. Depois de uma ponderação entre os diferentes interesses em jogo e não podendo todos eles ser salvaguardados, Pereira Coelho conclui pela maior justeza da solução da limitação pelo dano real.

Não podemos concordar com esta posição.

A doutrina de Pereira Coelho, se aplicada, permitiria a expropriação de bens alheios pelo pagamento do seu justo preço<sup>373</sup>. Assim, existiria um incentivo à atuação ilícita do intrometido quando este esperasse que a intromissão lhe trouxesse um lucro mais elevado do que o valor objetivo do uso, consumo ou alienação de bens alheios.

Por outro lado, quanto à ingerência de um interventor de boa-fé, restituir o valor objetivo ou todo o lucro que obteve será indiferente, uma vez que o seu património em nada será diminuído.

Lembremos também que o instituto do enriquecimento sem causa não visa remover um dano, mas sim eliminar um enriquecimento obtido à custa de outrem.

Por fim pergunta-se, qual a legitimidade para se excluir a restituição do montante compreendido entre o valor do dano real e do enriquecimento patrimonial? Não há qualquer legitimidade, pelo que o instituto do enriquecimento sem causa não está limitado pelo dano real.

---

<sup>372</sup> Note-se que, para nós, o instituto do enriquecimento sem causa não tem efeitos preventivos suficientes, como se irá ver infra em 4.

<sup>373</sup> Neste sentido, vd., p.e., Antunes Varela, *Das Obrigações*, ob. cit., pág. 515; Leite Campos, *A subsidiariedade*, ob. cit., págs. 488 e 489; e Pereira Coelho, (*O Enriquecimento e o Dano*, ob. cit., pág. 71), apresentado este argumento contra a sua teoria.

### 3.3.5. Doutrina do Conteúdo da Destinação

Mas afinal em que sentido se deve interpretar o termo “à custa de outrem”? Neste artigo, face à sua curta extensão, apenas iremos abordar a posição que nos parece mais acertada<sup>374</sup>.

A nosso ver, a teoria que melhor se coaduna com o sentido da expressão “à custa de outrem” é a doutrina do conteúdo de destinação dos bens, embora com algumas especificidades.

Segundo esta doutrina, o enriquecimento é obtido “à custa de outrem” quando este enriquecimento estava reservado ao empobrecido face ao conteúdo de destinação do direito ou do bem jurídico violado<sup>375</sup>. Segundo Leite Campos<sup>376</sup>, “o lucro obtido mediante intervenção em direito alheio é realizado à custa do titular desse direito sempre que se apresenta como realização do valor económico, que lhe pertence, do mesmo direito, e isto ainda que, de outro modo, o titular do direito nunca tivesse obtido esse lucro”. Isto acontece porque, como se disse, a vantagem adquirida pelo interventor pertence a outra pessoa, uma vez que é a esta que estava destinada, segundo o conteúdo de destinação do direito.

O problema de saber se uma determinada vantagem está reservada ao titular do direito será resolvida através da interpretação da lei.

No que respeita aos direitos reais, nomeadamente ao direito de propriedade, e aos direitos sobre bens imateriais, é certo que a lei quis reservar ao seu titular todas as utilidades e vantagens do uso da coisa. Isto é, todo o enriquecimento que o terceiro obteve mediante intervenção em direitos alheios é do titular desses direitos, porque lhe estava

---

<sup>374</sup> Para uma análise de outras teorias que tentam fornecer uma resposta para o problema, vd. Pereira Coelho, *O Enriquecimento e o Dano*, ob. cit., págs. 44-66; e Leite Campos, *A Subsidiariedade*, ob. cit., págs. 461 e ss.

<sup>375</sup> Neste sentido, Pereira Coelho, *O Enriquecimento e o Dano*, ob. cit., pág. 44; Leite Campos, *A Subsidiariedade*, ob. cit., pág. 468; e Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., pág. 492.

<sup>376</sup> Cfr. Leite Campos, *A Subsidiariedade*, ob. cit., pág. 468.



destinado<sup>377</sup>. No que tange aos direitos de personalidade a questão já é mais debatida, pelo que remetemos para as considerações das páginas seguintes.

No entanto, a teoria do conteúdo de destinação é alvo de várias críticas<sup>378</sup>. Esta teoria limita-se a dizer que devem ser restituídos todos os valores que estavam destinados a certa pessoa, segundo o seu conteúdo de destinação. Mas não nos diz que valores estamos a falar: se é o valor objetivo dos bens, se é o resultado do emprego desses bens, ou se é o justo preço da atividade efetuada, embora no limite do aumento patrimonial. Enquanto alguns autores afirmam que será justo o interventor ficar com parte do lucro resultante da atividade, outros defendem que será justo o titular do direito ficar com todo o lucro.

Qual a solução para que propendemos?

Na linha de Leite Campos<sup>379</sup>, julgamos que se tem de partir do conceito de bem. Um bem é um meio apto para satisfazer determinadas necessidades e a suscetibilidade dos bens para satisfazerem necessidades designa-se utilidade.

No entanto, a utilidade dos bens é essencialmente subjetiva. Uma coisa é o uso e a apreciação individual de um bem, outra é o valor de troca e a apreciação coletiva desse bem.

Dizer que um direito reserva todo o aproveitamento económico para o seu titular é dizer que reserva toda a utilidade desse bem para o seu titular. Como vimos anteriormente, não há uma limitação da obrigação de restituição pelo valor objetivo dos bens ou pelo empobrecimento. Segundo Leite Campos, “será pouco crível, com efeito, que o legislador queira assegurar o gozo de certo bem, com todas as utilidades dele decorrentes, a um certo sujeito, enquanto no património deste, e, uma vez usufruído *contra legem* por outrem, a protecção ao titular do direito lesado diminua”<sup>380</sup>. A obrigação de restituir está ligada à noção de direito absoluto e o direito de excluir terceiros é a “continuação da atuação

---

<sup>377</sup> Neste sentido, Pereira Coelho, *O Enriquecimento e o Dano*, ob. cit., pág. 46; Leite Campos, *A Subsidiariedade*, ob. cit., págs. 469 e 483; e Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., págs. 491 e 492.

<sup>378</sup> Seguimos a posição de Leite Campos, *A Subsidiariedade*, ob. cit., pág. 472.

<sup>379</sup> Cfr. Leite Campos, *A Subsidiariedade*, ob. cit., pág. 480 e ss.

<sup>380</sup> Cfr. Leite Campos, *A Subsidiariedade*, ob. cit., pág. 483.

jurídica” desse direito. Não vemos qualquer razão para essa proteção cessar e não atribuímos todas as utilidades de um bem ao seu titular<sup>381</sup>.

### 3.4. Aplicação do Instituto do Enriquecimento Sem Causa

Antes da entrada em vigor do BGB, os tribunais alemães já tinham aplicado, num determinado caso, o instituto do enriquecimento sem causa à violação de direitos de personalidade. Será que este caso ajudou a abrir portas para uma futura aplicação do instituto do enriquecimento sem causa à violação dos direitos de personalidade? A fundamentação prestada pelo tribunal não permite responder afirmativamente a esta questão, uma vez que este encarou a situação como uma mera violação de um direito de propriedade, violação essa que permitiu obter uma vantagem de caráter imaterial<sup>382</sup>.

Mais tarde, o instituto do enriquecimento por intervenção<sup>383</sup> foi aplicado num caso de violação do direito à imagem, em 1956. Quanto a este direito de personalidade, parece que a jurisprudência alemã se manteve constante em vários acórdãos quanto à aplicação do instituto<sup>384</sup>.

No entanto, há bastante discussão na doutrina sobre se o instituto do enriquecimento sem causa se aplica aos direitos de personalidade. Contra a sua aplicação, os autores afirmam que um direito de personalidade não é um direito subjetivo e que o conteúdo não patrimonial destes direitos não permite a sua tutela pelo enriquecimento sem causa.

---

<sup>381</sup> Leite Campos (*A Subsidiariedade*, ob. cit., pág. 490-491 e 493) diz-nos ainda que se para os proventos obtidos pelo intrometido tiverem contribuído fatores que lhe são próprios, como a sua experiência e qualidades pessoais, deve abater-se a parte que corresponde a estes fatores no montante a restituir. Antunes Varela (*Das Obrigações em Geral*, ob. cit., pág. 492, nota 1) alerta para os perigos da limitação da obrigação de restituição pelo valor objetivo dos bens, mas o exemplo que refere dá conta de um problema que esta tese também poderá, eventualmente, deparar-se. Imaginemos que um aluguer de um cavalo utilizado abusivamente por terceiro era de 20 euros e que esse terceiro ganhou um prémio, devido às suas excelentes qualidades como jóquei, no valor de 20.000 euros. Este autor diz-nos que seria extremamente injusto que se permitisse ao enriquecido restituir apenas 20 euros ao empobrecido. Na questão em apreço, se se provasse que só ganhou a corrida por ser um excelente jóquei e não pelas qualidades do cavalo, o montante a restituir também seria bastante pequeno.

<sup>382</sup> Vd. Menezes Leitão, *O Enriquecimento*, ob. cit., págs. 714 e 715.

<sup>383</sup> Vd. Menezes Leitão (*O Enriquecimento*, ob. cit., pág. 663) diz-nos que o enriquecimento por intervenção diz respeito a “situações em que alguém obtenha um enriquecimento através de uma ingerência em bens jurídicos alheios, especialmente em virtude do uso, fruição, consumo ou disposição desses bens”.

<sup>384</sup> Vd. Menezes Leitão, *O Enriquecimento*, ob. cit., pág. 717.

### 3.4.1. Negação da Qualificação de um Direito de Personalidade como Direito Subjetivo

Alguns autores recusam qualificar os direitos de personalidade como direitos subjetivos, uma vez que não têm por objeto realidades exteriores ao sujeito.

Pedro Pais de Vasconcelos diz-nos que os direitos de personalidade não são direitos subjetivos autónomos, mas antes “concretizações historicamente situadas do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, consequências inelutáveis do facto de se ser pessoa”<sup>385</sup>. O direito apenas se limita a respeitar e constatar o facto de se ser pessoa. Essa qualidade não pode ser recusada ou ignorada pelo direito.

Cabral de Moncada afirmava que os direitos de personalidade eram apenas qualidade e posições garantidas por lei<sup>386</sup>.

Savigny dizia que existe um poder jurídico do sujeito sobre si próprio, mas que esse poder não constitui um direito. Esse poder é um pressuposto de aquisição de direitos. “A proteção que a lei confere à personalidade visaria apenas a tutela do sujeito da relação jurídica e tem por base a inviolabilidade da pessoa, mas não consiste numa atribuição de direitos”<sup>387</sup>.

Antunes Varela tem dúvidas quanto à qualificação dos direitos de personalidade como direitos subjetivos. Além de não se tratar de interesses disponíveis, como acontece com o comum dos direitos subjetivos, à violação de valores ligados à personalidade corresponde, em regra, uma tutela de direito público, situando-se num plano da dignidade e inviolabilidade da pessoa humana, transcendendo, por isso, a vontade do indivíduo<sup>388</sup>.

Diogo Costa Gonçalves rejeita a figura do direito geral de personalidade. Para além de se ver no direito geral de personalidade uma impossibilidade lógica (um sujeito de

---

<sup>385</sup> Cfr. Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 35. Vd. também do mesmo autor, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª edição, Almedina, 2015, pág. 41.

<sup>386</sup> Cfr. Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 1995 (mas 1962), pág. 72 e ss. *apud* Menezes Leitão, *O Enriquecimento*, ob. cit., pág. 718, nota 1939.

<sup>387</sup> Cfr. Savigny (*System des heutiger römischer Rechts*, 1-8, Berlim, Veit, 1840-1849, reimp., Scientia Verlag Aalen, 1981) *apud* Menezes Leitão, *O Enriquecimento*, ob. cit., pág. 718, nota 1939.

<sup>388</sup> Vd. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., pág. 534 (vd. também nota 1 da mesma pág.).

direito não pode ser ao mesmo tempo objeto da situação jurídica de que é titular) e da inconveniência e desmesurada amplitude da figura (que abarca conclusões indesejadas e que é de difícil articulação com outros dados do sistema), o autor aduz uma outra crítica que julga ser determinante: “o direito geral de personalidade colide com a realidade ontológica do homem, na justa medida em que não traduz, antes contradiz, a sua dimensão pessoal”<sup>389</sup>. O *Homem* do direito geral de personalidade não é pessoa, mas sim indivíduo. Este *Homem* constrói e desenvolve a sua humanidade face aos outros, mas, sobretudo, contra os outros. Essencial é garantir a sua total independência. Desta forma, o direito geral de personalidade é incapaz de abarcar os deveres que constroem e realizam a personalidade objeto desse direito, abarcando apenas os deveres que a limitam e condicionam<sup>390</sup>. Desconsidera o conteúdo ético necessário para a valoração jurídica, uma vez que “não é capaz de objetivar um conteúdo “realizacional” ôntico da pessoa humana”. O artigo 70º do Código Civil considera antes um conjunto de direitos pessoais de personalidade. Qual será o critério para a determinação do conteúdo destes direitos? O critério a utilizar é o conteúdo ético, ou seja, “só poderão configurar direitos de personalidade aqueles elementos da personalidade ôntica do sujeito nos quais se encontre a dimensão ética”<sup>391</sup>. Deste modo, “alguns dos denominados direitos de personalidade não são verdadeiros direitos de personalidade, ou porque a realidade jurídica que lhes serve de objecto não está compreendida, de todo, na noção de personalidade, ou porque, estando compreendida, não preenche o conteúdo ético exigido para a valoração de direito”<sup>392</sup>. O autor afirma também que o conteúdo ético do direito implica a redução do âmbito da figura, uma vez que, estando em causa elementos da personalidade que permitem a plena realização ontológica da pessoa, serão escassos os elementos-objeto de direitos de personalidade. Só se é pessoa

---

<sup>389</sup> Cfr. Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Direitos de Personalidade: Fundamentação Ontológica da Tutela*, Coimbra, Almedina, 2008, págs. 87 e 88.

<sup>390</sup> O autor atende ao seguinte exemplo dado por Capelo de Sousa: o dever de obediência dos filhos menores aos pais constitui uma limitação ao seu direito geral de personalidade, do mesmo modo que os poderes-deveres que integram o poder paternal (hoje responsabilidades parentais) também limitam o direito geral de personalidade dos pais. Ora, estas relações que devem ser o âmbito privilegiado da realização da pessoa, surgem como uma limitação da personalidade. Cfr. Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Direitos de Personalidade*, ob. cit., pág. 91.

<sup>391</sup> Cfr. Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Direitos de Personalidade*, ob. cit., pág. 93.

<sup>392</sup> Cfr. Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Direitos de Personalidade*, ob. cit., pág. 94. O autor tem sérias dúvidas quando à possibilidade de o direito de imagem poder ser considerado um direito de personalidade, pela difícil fundamentação ética desta figura (Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Direitos de Personalidade*, ob. cit., pág. 94, nota 174).

em relação e as relações fazem parte da própria personalidade, pelo que esta abertura relacional obriga a introduzir um conjunto de noções como a solidariedade, o dever, que antes não existiam. O direito não pode, assim, suportar a configuração de uma tutela da personalidade que acolha o egoísmo. A intersubjetividade não pode ser considerada um limite à tutela da personalidade<sup>393</sup>.

Deste modo, Diogo Costa Gonçalves afirma que reduzir a tutela geral da personalidade à formulação exclusiva de direitos subjetivos denominados direitos de personalidade é errado. “A tutela da personalidade física e moral no direito civil português implica o recurso a outras categorias que não traduzem, exclusivamente, um direito. Em rigor, a tutela geral da personalidade deverá integrar todas as situações jurídicas, seja qual for a sua natureza, capazes de traduzir, a partir dos critérios propostos, a juridicidade da realidade pessoal. Assim, do acento positivo do artigo 70º, poderemos retirar situações jurídicas activas e passivas, direitos, deveres, faculdades, sujeições, desde que tais construções técnicas se revelem necessárias para traduzir a juridicidade da realidade pessoal. Essa insuficiência da categoria dos direitos de personalidade abre portas a novas considerações na dogmática jurídica<sup>394</sup>. O autor demonstra as mesmas preocupações de Savigny em relação à conceção dos direitos de personalidade como direitos subjetivos. Ao ser assim implicaria reconhecer o direito ao suicídio (disponibilidade da própria vida)<sup>395</sup>.

---

<sup>393</sup> Vd. Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Direitos de Personalidade*, ob. cit., págs. 97 e 98.

<sup>394</sup> Vd. Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Direitos de Personalidade*, ob. cit., pág. 99.

<sup>395</sup> Contra a posição de Diogo Costa Gonçalves, vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, 1ª edição, Príncípia, 2017, págs. 190 e ss.

A autora afirma que o “o direito subjetivo (seja ou não um direito de personalidade) radica na pessoa e não no indivíduo, pelo que ele nunca encerrará o seu titular sobre si mesmo (antes o fazendo comunicar com os seus semelhantes). Na verdade, o direito subjetivo não é apenas fonte de poderes, exercidos de acordo com uma vontade arbitrária, mas é também fonte de deveres; em segundo lugar, o direito subjetivo tem um determinado fundamento ético-axiológico (tal como o direito objetivo). No caso dos direitos de personalidade, não só o fundamento ético-axiológico como a sua teleologia primária reconduzem-se à ideia de dignidade ética da pessoa humana, donde nunca o direito subjetivo de personalidade pode ser invocado para legitimar comportamentos atentatórios da dignidade. Acresce que, sendo o homem um ser relacional, que apenas se realiza no encontro do «eu» com o «tu», a tutela dos direitos de personalidade não pode senão espelhar essa dimensão. (...) Em suma, o poder de vontade que caracteriza em termos definitórios o direito subjetivo não nos condena à contemplação de uma vontade arbitrária e desenraizada de qualquer sentido ético-axiológico que a predique. Por outro lado, não podemos deixar de, na invocação de um concreto direito, pensá-lo à luz do fundamento e da teleologia do seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico, donde jamais o exercício de um direito de personalidade pode pôr em causa a dignidade da pessoa que o forja”.

No entanto, no lado diametralmente oposto, vários autores veem os direitos de personalidade como direitos subjetivos, posição que, como veremos, parece ser a mais acertada.

Orlando de Carvalho afirmava que o direito geral de personalidade era um direito subjetivo que “tutela a pessoa não apenas como ser mas como ser em devir e, por consequência, no seu próprio poder de autodeterminação ou autogestão”<sup>396</sup>. Assim, o titular de um direito de personalidade pode exigir a terceiros que se abstenham de condutas que ofendam ou ameaçam ofender a personalidade.

Carlos Mota Pinto também afirmava que os direitos de personalidade eram direitos subjetivos propriamente ditos, aos quais se contrapõe uma obrigação passiva universal, apesar de, em alguns casos, o dever contraposto poder implicar a adoção de determinado comportamento positivo, v.g., salvamento de uma pessoa que está em perigo de se afogar<sup>397</sup>.

Almeida Costa, ao falar sobre as modalidades de ilicitude quanto à responsabilidade civil, acaba por admitir que os direitos de personalidade são direitos subjetivos<sup>398</sup>.

Capelo de Sousa defende que o direito geral de personalidade é um direito subjetivo privado. Depois de analisar várias noções de direito subjetivo fornecidas por diversos autores, Capelo de Sousa conclui que o direito geral de personalidade se integra em todas essas elas, constituindo, assim, um direito subjetivo<sup>399</sup>.

Menezes Leitão diz-nos que os direitos de personalidade são direitos subjetivos absolutos que têm como bem jurídico a própria personalidade do sujeito cuja tutela é conferida por lei<sup>400</sup>.

---

<sup>396</sup> Cfr. Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil* (com coordenação de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha), 3ª edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 106 (vd. também pág. 151).

<sup>397</sup> Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pág. 182 (vd. também nota 178 da mesma página).

<sup>398</sup> Cfr. Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 562.

<sup>399</sup> Para mais desenvolvimentos, vd. Rabindranah Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, 1ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, 2011, págs. 606 e ss.

<sup>400</sup> Cfr. Menezes Leitão, *O Enriquecimento*, ob. cit., pág. 718, nota 1939.

Paulo Mota Pinto dá-nos conta de uma das críticas formuladas quanto à classificação dos direitos de personalidade como direitos subjetivos. Ora, não se percebe qual o poder do titular de direitos de personalidade que permitiria classificá-los como direitos subjetivos: “a configuração mais correcta da situação subjectiva que resulta dos meios de tutela de certos bens pessoais, postos pelo ordenamento à disposição do sujeito, não seria, assim, a de direito subjectivo. Antes essa tutela objectiva incidiria só sobre «interesses legítimos»”. No entanto, na sua opinião, existe uma tutela, quer preventiva, quer repressiva, dos direitos de personalidade. E há certas semelhanças entre estes direitos e, por exemplo, os direitos reais. Também nos direitos de personalidade “o seu titular exerce o direito enquanto afasta intromissões dos outros e enquanto goza os bens (da personalidade, que não se encontram fora do titular, ao contrário dos direitos reais) que esses direitos tutelam”<sup>401</sup>.

Mafalda Miranda Barbosa afirma que não há qualquer impedimento do ponto de vista lógico no que respeita à identificação entre sujeito e objeto e em termos axiológicos, a transformação do próprio sujeito em objeto não nos condena à perda de dignidade do ser humano, já que tem como finalidade a defesa da pessoa contra atos atentatórios do seu ser. Não é necessário que exista um objeto para que um poder seja exercido, uma vez que há fins que se atingem por simples atos humanos, sem necessidade de utilizarem coisas diferentes da energia que os constitui. Para além disso, sendo um direito subjetivo um poder ou faculdade de exigir ou pretender de outrem um comportamento ativo ou positivo, este é apto para captar a intencionalidade e estrutura da categoria “direito de personalidade”. Por outro lado, “a tutela aquiliana, por seu turno, pode não ser suficiente sem a configuração do direito como um direito absoluto, dadas as limitações que se enfrenta quando se lida com a violação de disposições legais de proteção de interesses alheios. Também o facto de o conteúdo do direito ser difuso não obsta a que seja possível a configuração do direito, como um direito-mãe ou direito-quadro, porquanto competirá ao decidente, no processo de realização do direito, concretizá-lo por referência ao problema concreto”<sup>402</sup>.

---

<sup>401</sup> Vd. Paulo Mota Pinto, *O Direito à Reserva sobre a Intimidade Privada*, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXIX, Coimbra, 1993, págs. 487 e ss.

<sup>402</sup> Mafalda Miranda Barbosa, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., págs. 188 a 190.

Como dissemos, parece que a melhor posição é a defendida pelos autores que veem os direitos de personalidade como direitos subjetivos.

A noção de direito subjetivo foi pensada para coisas do mundo exterior, ou seja, para direitos patrimoniais, como direitos reais e direitos de crédito. Mas a noção de direitos pessoais impôs o afastamento da total disponibilidade dos direitos subjetivos<sup>403</sup>. Ora, os direitos patrimoniais conhecem várias limitações quanto à sua disponibilidade (v.g. artigos 405º/1 CC e 1305º CC – “dentro dos limites da lei”). Por outro lado, existem diversas áreas dos direitos de personalidade que são disponíveis (art. 81º CC). Savigny afirmava que os direitos de personalidade ao serem considerados direitos subjetivos implicaria reconhecer um direito ao suicídio (disponibilidade do direito à vida). No entanto, mesmo em relação à vida, a lei admite, em certos termos, a possibilidade de a colocar em risco, por exemplo, ao admitir a prática de alguns desportos violentos, como o boxe, ou o treino de leões para atuarem num circo<sup>404</sup>.

Por último, quanto aos interesses protegidos, são tutelados em primeira linha os interesses do indivíduo, não tendo estes uma proteção meramente reflexa. Para além disso, uma tutela do direito público de âmbito penal, não prejudica também a existência de tutela pelo direito civil<sup>405</sup>.

### 3.4.2. Conteúdo Não Patrimonial dos Direitos de Personalidade

Alguns autores afirmam que o conteúdo não patrimonial dos direitos de personalidade não permite a sua tutela através do enriquecimento sem causa.

Mestmäcker<sup>406</sup>, embora aceite que os direitos de personalidade protegem também interesses patrimoniais, contesta que atribuam um direito exclusivo à sua exploração económica. Não será possível fazer derivar de um direito tão indefinido, como o direito geral de personalidade, um conteúdo de destinação. Não estabelecendo estes direitos uma

---

<sup>403</sup> Cfr. Capelo de Sousa, *O Direito Geral*, ob. cit., pág. 609, nota 13.

<sup>404</sup> Neste sentido, vd. Capelo de Sousa, *O Direito Geral*, ob. cit., pág. 205 (vd. também nota 398 da mesma página).

<sup>405</sup> Vd. Gomes da Silva, *O Dever de Prestar*, ob. cit., pág. 52.

<sup>406</sup> Mestmäcker, *Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerecht fertigten Bereicherung*, in *JZ* 1958, pág. 525, *apud* Menezes Leitão, *O Enriquecimento*, ob. cit., pág. 46, nota 105.



ordenação jurídica dos bens, não se pode aplicar o instituto do enriquecimento sem causa por não terem conteúdo de destinação.

Pereira Coelho<sup>407</sup> afirma que os direitos de personalidade (nome, imagem, intimidade da vida privada, entre outros) não reservam/destinam ao seu titular o aproveitamento económico do direito, “por não se pretender aí propriamente atribuir ao titular do direito um objecto de domínio patrimonialmente utilizável, mas antes, e justamente mediante a conceção do *ius excludendi omnes alios* correspondente ao respectivo direito, impor o respeito da dignidade do homem como pessoa moral”.

Porém, parece-nos que esta posição não é a mais acertada.

Menezes Leitão<sup>408</sup> diz-nos que é um contrassenso considerar que nos direitos de personalidade “não se pretende atribuir ao titular do direito um valor comercializável, mas apenas uma exclusão de outras pessoas”. Esta comercialização constitui uma forma de aproveitamento dos bens da personalidade. Para este autor, o enriquecimento sem causa não pode ignorar esta situação. A aplicação deste instituto a violações do direito à imagem ou do direito ao nome não causa grandes dúvidas, mas a sua extensão a outros aspetos da personalidade já é duvidosa. No entanto, Menezes Leitão afirma que não se justifica negar a aplicação do enriquecimento sem causa, uma vez que pode ser o único meio de reagir contra a violação destes direitos. À questão da remoção do lucro obtido ilicitamente com a violação de direitos de personalidade é, assim, aplicado o instituto do enriquecimento sem causa. De outro modo seria de uma grande injustiça se o lesado não pudesse exigir do interventor aquilo com que injustamente se locupletou<sup>409</sup>.

Leite Campos<sup>410</sup> diz-nos que muitas vezes a lei não se opõe à exploração económica dos direitos de personalidade, desde que não colida com o núcleo fundamental dos interesses tutelados. E mesmo quando a lei se opõe à sua exploração económica, este autor não vê motivo algum para não se obrigar o interventor a restituir o enriquecimento que obteve ilicitamente.

---

<sup>407</sup> Cfr. Pereira Coelho, *O Enriquecimento*, ob. cit., pág. 46, nota 105.

<sup>408</sup> Cfr. Menezes Leitão, *O Enriquecimento*, ob. cit., págs. 720 e ss.

<sup>409</sup> No mesmo sentido, vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Reflexões*, ob. cit., pág. 592, nota 169.

<sup>410</sup> Cfr. Leite Campos, *A Subsidiariedade*, ob. cit., págs. 470 e 471, nota 2.

Como já tínhamos afirmado, para nós, os direitos de personalidade têm um conteúdo de destinação que reserva ao titular todas as vantagens económicas. É verdade que nem todos os direitos de personalidade podem ser explorados economicamente. Mas temos de ter em consideração que o lesante pode explorar economicamente a “curiosidade mórbida do público”<sup>411</sup>.

Na falta de outro instituto para tutelar os casos de obtenção de um lucro pela violação de direitos de personalidade, o lesado pode recorrer ao enriquecimento sem causa para o interventor lhe restituir aquilo com que injustamente se locupletou<sup>412 413</sup>.

#### 4. Insuficiências do Instituto do Enriquecimento Sem Causa – Novas Soluções

Como vimos, o enriquecimento sem causa é um meio de que o ordenamento jurídico português dispõe para a remoção dos lucros pela violação de direitos de personalidade. Mas será que este é um instituto adequado para esse efeito? Será que há necessidade de conceber outro instituto no âmbito do direito a constituir para tutelar estas situações?

O instituto do enriquecimento sem causa não tem efeitos preventivos que sirvam para dissuadir comportamentos lesivos de direitos de personalidade. Vimos anteriormente que a responsabilidade civil desempenha ténues efeitos preventivos. O mesmo serve para o enriquecimento sem causa. Neste instituto, a ameaça de sanção é a restituição daquilo que

---

<sup>411</sup> Expressão utilizada por Menezes Leitão em *O Enriquecimento*, ob. cit., pág. 723.

<sup>412</sup> No sentido da aplicação do instituto do enriquecimento sem causa a estes casos, para além dos autores já referidos, vd. também Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, ob. cit., pág. 151, apesar de nos dizer que os direitos de personalidade não são direitos subjetivos; Capelo de Sousa, *O Direito Geral*, ob. cit., pág. 340, nota 855; e Antunes Varela, *Alterações Legislativas do Direito ao Nome*, ob. cit., pág. 145.

<sup>413</sup> Até agora dissemos que o lucro obtido ilicitamente pelo agente tem como destinatário o lesado. No entanto, é importante dizer que existe um artigo no Código Penal que nos fala de perda de vantagens: artigo 111º. Quanto a este artigo teceremos apenas breves considerações.

O conceito de vantagens é abrangente e discute-se o que estas podem englobar. O legislador, nos casos abrangidos por este artigo, constitui o Estado como destinatário do proveito do facto ilícito.

Como afirma Figueiredo Dias, “à primeira vista, a consagração da perda das vantagens como providência de carácter criminal pode parecer absurda: em princípio, com efeito, ela resulta automaticamente das regras da responsabilidade civil (nomeadamente, sob a forma da *restituição em espécie*). A providência justifica-se, no entanto, de um duplo ponto de vista. Por uma parte, o lesado pode prescindir da reparação, não apresentando o respectivo pedido: caso em que as finalidades de prevenção, geral e especial, (...) dão fundamento autónomo ao decretamento da perda. Por outra parte, casos haverá em que as vantagens vão além daquilo em que a vítima foi prejudicada. Suscita-se, nestas hipóteses, o problema de saber até onde deverá a perda das vantagens ser decretada” (Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, 1993, pág. 633 *apud* Henrique Sousa Antunes, *Da Inclusão do Lucro Ilícito*, ob. cit., pág. 286).

o agente enriqueceu sem causa à custa de outrem. E é esta ameaça que poderá afastar futuros comportamentos lesivos.

No entanto, este instituto apresenta grandes insuficiências ao nível de prevenção. Basta pensar que na obrigação de restituição se abatem as despesas que o agente efetuou. Deste modo, quem obtém uma vantagem com a violação de direitos de personalidade apenas irá ver essa vantagem desaparecer, não sendo condenado a pagar nenhum *plus*. E, se pensarmos também que alguns lesados não irão recorrer às vias judiciais, o agente continua a lucrar.

Imaginemos a situação de um agente que viola, em quatro situações distintas, direitos de personalidade de quatro indivíduos. Com cada lesão obtém lucros (despesas já incluídas) na ordem dos 50.000 euros. Ora, se apenas três pessoas recorrerem aos tribunais e contando que o enriquecimento será removido, o agente irá ainda ganhar 50.000 euros com a última violação. Assim, o lesante pode chegar à conclusão de que, não tendo que pagar nenhum *plus* além do enriquecimento obtido (porque as despesas não são incluídas, só tendo que devolver o que injustamente se locupletou) e podendo alguns lesados não recorrer aos tribunais, o “lucro compensa a violação de direitos”.

Estas considerações reclamam a introdução de um novo mecanismo, no direito a constituir, com suficiente eficácia preventiva, dissuadindo os ilícitos sem relevância penal ou contraordenacional, como algumas violações de direitos de personalidade<sup>414 415</sup>.

---

<sup>414</sup> Neste sentido, Vd. Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais – Estudos*, 1ª edição, Gestlegal, 2018, págs 470 e ss.; e *Interesse Contratual Negativo*, ob. cit., págs. 826 e ss.

<sup>415</sup> Recentemente, Henrique Sousa Antunes propôs uma reforma ao Código Civil Português. O autor propugna por uma revisão do artigo 564º/1 do Código Civil, que deveria passar a dispor que “o dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios subtraídos ao lesado e os lucros obtidos pelo lesante em consequência da lesão”. Como referimos supra, Henrique Sousa Antunes não atribui qualquer efeito punitivo no resgate do lucro. Vimos também que a posição não é de aceitar, pelo que não concordamos com a revisão do artigo 564º/1. Vd. Henrique Sousa Antunes, *Das Funções Reconstitutiva e Punitiva da Responsabilidade Civil: Propostas de Reforma do Código Civil Português*, in *Desafios da Nova Responsabilidade Civil*, Editora JusPODIVM, 2019, págs. 141 e 142.

O autor propõe também a inclusão de um novo preceito no regime da responsabilidade civil:  
“Artigo 483.º - A Pena Pecuniária

1. Em caso de violação ilícita e dolosa do direito de outrem, o Tribunal, a requerimento do lesado, pode condenar o autor da lesão numa pena pecuniária que acresce à indemnização, fixada em função da gravidade da ofensa, dos benefícios recebidos pelo lesante com a prática do facto e da reiteração da conduta, ponderando, ainda, a situação económica das partes e as demais circunstâncias do caso concreto.

Pensamos que, face à importância dos direitos de índole pessoal e à tendência dos meios de comunicação social se aproveitarem da notoriedade de figuras públicas para lançarem notícias falsas e obter lucros, um novo número deveria ser aditado ao artigo 70º do Código Civil.

O número 2 do artigo 70º CC afirma que “independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”. Este número permite à pessoa ameaçada ou ofendida requerer providências para evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos de uma lesão, mas não desincentiva a “caça” de uma determinada entidade em obter um lucro.

Na nossa opinião, quando esteja em causa uma tentativa dolosa de obtenção de lucros através da violação de direitos de personalidade, o legislador deveria permitir ao lesado que, para além de requerer as providências adequadas, pudesse requerer o pagamento por parte do lesante de uma quantia adicional, de modo a prevenir futuros comportamentos lesivos de tal espécie.

Só deste modo o desejado efeito preventivo poderá ser alcançado, evitando possíveis lesões de direitos de personalidade.

Deve então ser aditado um número 3 ao artigo 70º do Código Civil com o seguinte teor: “Quando estejam em causa comportamentos orientados para obtenção de lucros que envolvam a ameaça de lesão a direitos de personalidade, para além do disposto no número anterior, o lesado pode requerer a condenação do potencial lesante no

- 
2. A pena tem como limite o triplo do proveito económico obtido pelo autor com a prática do facto ilícito ou, se este for superior, o triplo do valor dos danos causados.
  3. Se o facto ilícito constituir crime é inaplicável a pena pecuniária prevista neste artigo.
  4. O montante da pena destina-se ao lesado.
  5. O pagamento da pena não pode estar coberto por um seguro.

A solução aventada pelo autor acolhe a emancipação de um direito privado punitivo: Cfr. Henrique Sousa Antunes, *Das Funções Reconstitutiva e Punitiva*, ob. cit., págs. 142 e ss.

Não podemos concordar com a posição. Vimos nesta dissertação que, para nós, a responsabilidade civil não tem, nem deve ter um efeito punitivo primário. Voltamos a vincar que este instituto é centrado na noção de dano.

pagamento de uma sanção pecuniária que deve ser fixada tendo em conta o grau de culpabilidade do agente e o montante dos lucros que iria obter”.

Repare-se que, não obstante a proximidade, estamos ainda longe dos danos punitivos. Na verdade, não se trata – agora – de punir e de prevenir; mas unicamente de prevenir, ou seja, de garantir que, face à iminência de um comportamento lesivo dos direitos de personalidade, orientado para a obtenção de lucros – a envolver o dolo do agente –, o putativo lesado pode mobilizar um meio coercitivo e compulsório para obstar a tal lesão.

Por outro lado, vai-se mais longe do que aquilo que é compossibilitado quer pela condenação do agente à compensação de danos não patrimoniais – na qual, se se pode descortinar um efeito punitivo, a eficácia preventiva é diminuta –, quer pela obrigação de restituir os lucros obtidos injustamente.

## 5. Conclusões

Percorreram-se várias etapas ao longo deste percurso. Começamos por analisar as finalidades da responsabilidade civil e concluímos que este instituto não é um mecanismo apto para remover os lucros obtidos ilicitamente pela violação de direitos de personalidade.

Vimos que o artigo 496º do Código Civil, apesar de cumprir um escopo punitivo, embora acessório da finalidade reparadora, não permite a condenação do agente ao pagamento de danos punitivos. O preceito chama o lesante a responder e permite que se atribua ao lesado uma compensação adicional pelos danos resultantes do impacto que o ato ou intenção do agente teve nos seus sentimentos de dignidade e de amor próprio.

Analisaram-se os pressupostos do instituto do enriquecimento sem causa e chegou-se à conclusão de que este instituto é apto para a remoção do lucro do agente. No entanto, pensamos que não tem um efeito dissuasor de comportamentos futuros. O seu efeito preventivo é bastante ténue.

Depois destas análises, pretendemos e propomos que, numa próxima reforma legislativa, o legislador tenha em conta as limitações do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil e que se introduza um mecanismo eficaz para a remoção dos lucros obtidos ilicitamente. Esse novo mecanismo deverá passar por um aditamento ao artigo 70º do Código Civil, permitindo o lesado requerer, quando haja uma ameaça de lesão a um direito de personalidade orientada pela obtenção de um lucro, o pagamento de uma quantia fixada com base no lucro que o potencial lesante esperasse obter.

## **BIBLIOGRAFIA**

---

ABREU, Luís Vasconcelos, *A Violação de Direitos de Personalidade pela Comunicação Social e as Funções da Responsabilidade Civil – Recentes Desenvolvimentos Jurisprudenciais. Uma Breve Comparação Luso-Alemã*, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, 2002;

ANDRADE, Manuel Domingues de, *Teoria Geral das Obrigações* (com a colaboração de Rui Alarcão), 3ª edição, Coimbra, Almedina, 1996;

ANTUNES, Henrique Sousa, *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual: a sua legitimação pelo dano*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

ANTUNES, Henrique Sousa, *Das Funções Reconstitutiva e Punitiva da Responsabilidade Civil: Propostas de Reforma do Código Civil Português*, in *Desafios da Nova Responsabilidade Civil*, Editora JusPODIVM, 2019

ANTUNES, Henrique Sousa, *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2000;

ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2015;

BARBOSA, Mafalda Miranda, *A Recusa de Conformação do Jurídico pelo Económico: Breves Considerações a propósito da Responsabilidade Civil*, in *Separata do Boletim de Ciências Económicas*, Vol. LVII, 2004;

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Da Causalidade à Imputação Objetiva na Responsabilidade Ambiental*, in *Atas do Colóquio de Homenagem ao Senhor Professor Doutor Adriano Vaz Serra realizado em 27 de Fevereiro de 2015*;

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Danos: Uma Leitura Personalista da Responsabilidade Civil*, 1ª edição, Cascais, Príncípia, 2018;

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação. Contributo para a Compreensão da Natureza Binária e Personalística do Requisito Causal ao Nível da Responsabilidade Civil Extracontratual*, Vol. II, Cascais, Príncípia, 2013;

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, 1ª edição, Príncípia, 2017;

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições de Responsabilidade Civil*, 1ª edição, Príncípia, 2017;

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Perda de Valor (Desvalorização) de um Bem e Responsabilidade Civil* in *Revista de Direito Civil*, Ano II (2017), 4;

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Reflexões em torno da Responsabilidade Civil: Teleologia e Teleonomologia em Debate*, in *Separa do Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXI;

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Sentido e Intencionalidade do Requisito Causal: o Antes e o Depois do Código Civil de 1966*, in *Responsabilidade Civil: Cinquenta Anos em Portugal, Quinze Anos no Brasil*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017;

BORGES, Sofia Leite, *Os Punitive Damages: As Funções Punitiva e Preventiva da Responsabilidade Civil*, 2000;

BORGHETTI, Jean-Sébastien, *Punitive Damages in France*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Helmut Koziol / Vanessa Wilcox eds.), Wien, Springer, 2009;

CALABRESI, Guido, *El Coste de los Accidentes – Análisis Económico y Jurídico de la Responsabilidad Civil* (traducción y prólogo de Joaquim Bisbal), Ariel Derecho, Barcelona, 1984;

CALABRESI, Guido, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven and London, Yale University Press, 1970;

CAMPOS, Leite, *A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003;

CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil* (com coordenação de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha), 3ª edição, Coimbra Editora, 2012;

COASE, Ronald., *The Problem of Social Cost*, in *The Journal Law & Economics*, Vol. III, October, 1960;

COELHO, Francisco Pereira, *O Enriquecimento e o Dano*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 1999;

COELHO, Francisco Pereira, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1998;



COELHO, Francisco Pereira, *Obrigações (Aditamentos)*, Coimbra, Secção de Textos, 1960;

COLEMAN, Jules, *The Costs of The Costs of Accidents*, in *Maryland Law Review*, Vol. 64, Issue 1, 2005;

COOTER, Robert / MATTEI, Ugo / MONATERI, Pier Giuseppe / PARDOLESI, Roberto / ULEN, Thomas, *Il Mercato Delle Regole: Analisi Economica del Diritto Civile*, il Mulino, Bologna, 1999;

CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações*, 2º Vol., reimpressão, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986;

CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 1ª edição (reimpressão), Lisboa, Coimbra Editora, 1986;

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, Edições Almedina, 2014;

COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª edição (3ª reimpressão), Almedina, 2014;

D'ALESSANDRO, Elena, *Reconocimiento y Exequátur en Italia de Sentencias Extranjeras que Condenan al Pago de Daños Punitivos*, in *Revista de Derecho Privado*, nº 34 (Junho de 2018);

ENGLARD, Izhak, *The Philosophy of Tort Law*, Dartmouth, 1993;

FARIA, Jorge Ribeiro de, *Direito das Obrigações*, Vol. I, (reimpressão), Coimbra, Almedina, 2003;

FRADA, Manuel Carneiro da, *Direito Civil – Responsabilidade Civil. O método do caso*, Almedina, 2006;

GIFFORD, Donald G., *Calabresi's The Costs of Accidents: a Generation of Impact on Law and Scholarship*, in *Maryland Law Review*, Vol. 64, Issue 1, 2005;

GOMES, Carla Amado, *A Responsabilidade Civil por Dano Ecológico. Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo Decreto-Lei nº 147/2008, de 29 de Julho*, in *O Direito*, Ano 141º (2009), I;

GOMES, Júlio, *A Gestão de Negócios: Um Instituto Jurídico Numa Encruzilhada*, in *Separata do Vol. XXXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1993;

GOMES, Júlio, *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os vários paradigmas do Enriquecimento sem Justa Causa*, Porto, Coimbra Editora, 1998;

GOMES, Júlio, *Uma Função Punitiva para a Responsabilidade Civil e uma Função Reparatória para a Responsabilidade Penal?*, in *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, Ano XV, (1989);

GONÇALVES, Diogo Costa, *Pessoa e Direitos de Personalidade: Fundamentação Ontológica da Tutela*, Coimbra, Almedina, 2008;

GONZALÉZ, José Alberto, *Responsabilidade Civil*, 2ª edição, Quid Juris, 2009;

GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro, *Os Danos Punitivos e a Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, in *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, vol. XV, 2001, Tomo 1;

JANSEN, Nils / RADEMACHER, Lukas, *Punitive Damages in Germany*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Helmut Koziol / Vanessa Wilcox eds.), Wien, Springer, 2009;

JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, reimpressão, Almedina, 1999;

LANDES, William M. / POSNER, Richard A., *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, 1987;

LANE JR., Merritt, *Recensão a Guido Calabresi, The Costs of Accidents de Guido Calabresi*, in *American Bar Association Journal*, Vol. 56, September 1970;

LEITÃO, Luís Menezes, *A Responsabilidade do Gestor Perante o Dono do Negócio no Direito Civil Português*, Coimbra. Almedina, 2005;

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 13ª edição, Almedina, 2016;

LEITÃO, Luís Menezes, *O Enriquecimento Sem Causa no Direito Civil. Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*, Coimbra, Almedina, 2005;

LIMA, Pires de / VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª edição (revista e atualizada), Coimbra Editora, 1987;

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

LOURENÇO, Paula Meira, *Os Danos Punitivos*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, 2000;

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações: Programa 2004/2005. Apontamentos*, 2º edição, Lisboa, AAFDL, 2004;

MATOS, Filipe Albuquerque, *Reparação por Danos Não Patrimoniais: Inconstitucionalidade da Relevância da Situação Económica do Lesado: Acórdão de 24 de Abril de 2013 (anotação)*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 143º, nº 3984, 2014;

MELLO, Alberto de Sá e, *Critérios de Apreciação da Culpa na Responsabilidade Civil. Breve anotação ao regime do Código*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 49, 1989;

MONTEIRO, António Pinto, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, 2003;

MONTEIRO, António Pinto, *Sobre a Reparação dos Danos Morais*, in *Separata da Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 1º Ano, nº 1, 1992;

MONTEIRO, Jorge Sinde, *Análise Económica do Direito*, in *Separata do Vol. LVII (1981) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1982;

PATRÍCIO, Miguel, *Ética Ambiental e Sustentabilidade no Teorema de Coase*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2 (2016), nº 6;

PEREIRA, Rui Soares, *A Responsabilidade por Danos Não Patrimoniais do Incumprimento das Obrigações no Direito Civil Português*, Coimbra Editora, 2009;

PINTO, Carlos Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2ª reimpressão, Coimbra Editora, 2005;

PINTO, Paulo Mota, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais – Estudos*, 1ª edição, Gestlegal, 2018;

PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, Coimbra Editora, 2008;

PINTO, Paulo Mota, *O Direito à Reserva sobre a Intimidade Privada*, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXIX, Coimbra, 1993;

POSENATO, Naiara, *A Suprema Corte di Cassazione e o Revirement sobre os Danos Punitivos na Itália: Algumas Anotações*, in *Revista Internacional Consinter de Direito*, nº VII, 2º semestre de 2018;

POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 9º ed., Wolters Kluwer, 2014;

POSNER, Richard, *A Theory of Negligence*, in *The Journal of Legal Studies*, Vol. 1, nº 1, Jan., 1972;

POSNER, Richard, *The Economic Structure of the Law: The Collected Economic Essays of Richard A. Posner* (edited by Francesco Parisi), *Economists of the Twentieth Century*, Vol. I, Edward Elgar, 2000;

POSNER, Richard, *The Justice of Economics*, in *The Economic Structure of the Law: The Collected Economic Essays of Richard A. Posner* (edited by Francesco Parisi), *Economists of the Twentieth Century*, Vol. I, Edward Elgar, 2000;

POSNER, Richard, *Wealth Maximization Revisited*, in *The Economic Structure of the Law: The Collected Economic Essays of Richard A. Posner* (edited by Francesco Parisi), *Economists of the Twentieth Century*, Vol. I, Edward Elgar, 2000;

PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Dissertação de Doutoramento em

Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da universidade Católica Portuguesa, Coimbra, Almedina, 1997;

RODRIGUES, Vasco, *Análise Económica do Direito: Uma Introdução*, Coimbra, Almedina, 2007;

SCARSO, Alessandro P., *Punitive Damages in Italy*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Helmut Koziol / Vanessa Wilcox eds.), Wien, Springer, 2009;

SEBOK, Anthony J., *Punitive Damages in the United States*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Helmut Koziol / Vanessa Wilcox eds.), Wien, Springer, 2009;

SENDIM, José Cunhal, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos*, Almedina, 2002;

SENDIM, José Cunhal, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos: Da Reparação do Dano através de Restauração Natural*, Coimbra Editora, 1998;

SERRA, Vaz, *Obrigação de Indemnização (Colocação. Fontes. Conceito e espécies de Dano. Nexo Causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização). Direito de Abstenção e de Remoção*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 84, 1959;

SERRA, Vaz, *Reparação do Dano Não Patrimonial*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 83, 1959;

SHAVELL, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004;

SILVA, Manuel Gomes, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Vol. I, Lisboa, 1994;

SOUSA, Miguel Teixeira de, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lisboa, Lex, 2003;

SOUSA, Miguel Teixeira de, *A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos no Direito Português*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 6, 2004;

SOUSA, Rabindranah Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, 1ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, 2011;

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7ª edição (reimpressão), 2010;

VARELA, João Matos Antunes, *Alterações Legislativas do Direito ao Nome*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 116º ano, 1983-1984, Coimbra, Coimbra Editora, 1984;

VARELA, João Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição (revista e atualizada), Almedina, 2015;

VARELA, João Matos Antunes, *Rasgos Inovadores do Código Civil Português de 1966 em matéria de Responsabilidade Civil*, in *Separata do Vol. XLVIII, 1972, do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*;

VASCONCELOS, Pedro Pais, *Contratos Atípicos*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2009;

VASCONCELOS, Pedro Pais, *Direito de Personalidade*, reimpressão da edição de Novembro de 2006, Almedina, 2014;

VASCONCELOS, Pedro Pais, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª edição, Almedina, 2015;

VELOSO, Maria Manuel, *Danos Não Patrimoniais*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, Coimbra Editora, 2007;

WILCOX, Vanessa, *Punitive Damages in England*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Helmut Koziol / Vanessa Wilcox eds.), Wien, Springer, 2009;

WINIGER, Bénédicte et al., (eds.), *Digest of European Tort Law*, Vol. 2: Essential Cases on Damage. De Gruyter, 2011.